

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

LA RENONCIATION PAR LA FEMME MARIÉE

AUX SURETÉS ET AUX GARANTIES LÉGALES OU CONVENTIONNELLES

qui assurent la conservation de ses biens paraphernaux
et la restitution de sa dot.

DROIT FRANÇAIS

DE LA RENONCIATION

A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE PAR LA FEMME DU VENDEUR

Loi des 13-15 février 1889.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Paul BUREAU

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

L'acte public sur les matières ci-dessus sera soutenu
le jeudi 12 juin 1890, à deux heures et demie

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

Président : M. BUFNOIR, professeur.

Suffragants : { MM. ESMEIN, professeur.
LE POITTEVIN, }
GIRARD, } agrégés.

*Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les
autres matières de l'enseignement.*

PARIS

A. GIARD

LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, rue Soufflot, 16

HENRI JOUVE

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

15, rue Racine, 15

1890

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE

LA RENONCIATION PAR LA FEMME MARIÉE

AUX SURETÉS ET AUX GARANTIES LÉGALES OU CONVENTIONNELLES
qui assurent la conservation de ses biens paraphernaux
et la restitution de sa dot.

DROIT FRANÇAIS

DE LA RENONCIATION

A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE PAR LA FEMME DU VENDEUR

Loi des 13-15 février 1889.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Paul BUREAU

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

L'acte public sur les matières ci-dessus sera soutenu
le jeudi 12 juin 1890, à deux heures et demie

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

Président : M. BUFNOIR, professeur.
Suffragants : { MM. ESMEIN, professeur.
LE POITTEVIN, } agrégés.
GIRARD, }

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

A. GIARD

LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, rue Soufflot, 16

HENRI JOUVE

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

15, rue Racine, 15

1890



LA FACULTÉ N'ENTEND DONNER AUCUNE APPROBATION NI
IMPROBATION AUX OPINIONS ÉMISES DANS LES THÈSES ; CES
OPINIONS DOIVENT ÊTRE CONSIDÉRÉES COMME PROPRES A LEURS
AUTEURS.

A MON PÈRE.

A MA MÈRE.

DROIT ROMAIN

DE LA

RENONCIATION PAR LA FEMME MARIÉE

AUX SURETÉS ET AUX GARANTIES LÉGALES OU CONVENTIONNELLES

qui assurent la conservation de ses biens paraphernaux
et la restitution de sa dot.

INTRODUCTION

Parmi les traits communs à tous les peuples à famille patriarcale, l'un des plus caractéristiques est certainement le rôle spécial assigné à la femme au milieu de ces sociétés. La Rome primitive conserva scrupuleusement ces vieilles traditions et la femme romaine ne nous apparaît jamais que comme un des membres de ce groupement nombreux que gouverne l'autorité toute-puissante et toujours respectée du *paterfamilias*. Jeune fille, son sort ne diffère guère de celui de

ses frères qui, comme elle, ne seront, le plus souvent, pendant une grande partie de leur vie et longtemps encore après leur mariage, que des *alieni juris*.

Mais son mariage creuse entre sa famille naturelle et elle-même un profond fossé : séparée à jamais du groupe au milieu duquel elle est née, elle est placée pour toujours sous l'autorité du *paterfamilias* qui gouverne la famille où elle entre. Au jour où elle se marie, il est rare que ce pouvoir soit aux mains de son mari, et son premier devoir est de n'apporter, par ses manières ou son caractère, aucun trouble au milieu de la communauté qui la reçoit ; s'il en était autrement, le divorce imposé par le *paterfamilias* à son fils ou des châtimens de diverses natures réprimeraient ce désordre.

Que, dans de telles circonstances, la femme n'ait point de biens personnels, c'est ce qui semblait aux Romains la chose la plus naturelle du monde. Qu'en ferait-elle donc, puisqu'à chaque instant de sa vie, elle se trouve sous la dépendance de quelqu'un, chargé de pourvoir à ses besoins comme à ceux de tous, et sa fécondité et son travail sont les seuls biens qu'un mari lui demande d'apporter en dot.

Cependant, les choses ne se passent point toujours ainsi et la jeune fille peut n'être point encore mariée à la mort de son père, de même que la femme mariée peut devenir veuve. Dans ces deux cas, elle peut devenir *sui juris* et il semble qu'alors la femme va pouvoir jouir d'une certaine indépendance. Il faudrait bien peu connaître les mœurs patriarcales pour le

penser et l'institution de la tutelle perpétuelle des femmes vient combler cette lacune.

C'était l'âge d'or des mœurs patriarcales romaines. Mais de profondes modifications s'introduisirent avec le temps et l'apparition de la dot fut l'une des plus importantes ; elle servit en effet puissamment la femme à affirmer vis-à-vis de son père et de son mari sa personnalité jusque-là méconnue.

Il semble qu'à ce moment la tutelle des femmes eût dû acquérir une importance nouvelle, car la fréquence des mariages sans *manus* multipliait chaque jour le nombre des femmes *sui juris*. Chose curieuse, la tutelle des femmes subit, au contraire, une altération plus profonde encore ; elle n'est plus qu'une de ces institutions surannées que personne ne prend plus au sérieux. « Nos ancêtres, dit Cicéron, avaient voulu que les femmes, à cause de la faiblesse de leur jugement, fussent sous la puissance d'un tuteur. Les jurisconsultes ont inventé une espèce de tuteur dont le pouvoir fût sous la dépendance des femmes » (1).

Lorsqu'un incapable donne des ordres à son protecteur, c'en est fait de toute protection ; et cependant il était impossible de songer à restaurer l'ancienne institution de la tutelle des femmes, tant était profonde la modification que les mœurs avaient subie. Les Romains le comprirent bien : au lieu de s'attarder à replâtrer le vieil édifice, ils aimèrent mieux en construire un nouveau. Celui-ci eut pour pierres angulaires

(1) Cicéron, *Pro Murena*, XII.

le Sénatus-consulte Velleïen, la loi Julia, la prohibition des donations entre époux et les diverses garanties tendant à assurer la conservation et la restitution de la dot. On sait que depuis le Sénatus-consulte de Caracalla, les donations entre époux étaient tacitement confirmées par cela seul que le donateur mourait dans la même volonté et le mariage subsistant encore.

On pourrait étudier séparément chacune de ces mesures de protection ; nous nous proposons seulement d'examiner le droit que peut avoir la femme mariée d'y renoncer, considérant pour chacune l'étendue et les conditions d'exercice de ce droit.

Nous supposerons toujours que ces diverses renonciations émanent d'une femme mariée ; sans doute, la fille et la veuve pouvaient également abandonner des garanties légales ou conventionnelles ou se dépouiller d'un droit, mais il convient de remarquer que la plupart des mesures de protection, édictées en faveur de toutes les femmes, le furent surtout dans l'intérêt des femmes mariées, et on rencontre plusieurs dispositions protectrices qui ne concernent que ces dernières.

CHAPITRE PREMIER

Renonciation au bénéfice du Sénatus-consulte Velleïen.

Le Sénatus-consulte Velleïen occupe certainement le premier rang parmi les moyens que le législateur romain employa pour sauvegarder le patrimoine de la femme et assurer sa conservation. Ce Sénatus-consulte interdit à la femme de contracter un engagement dans l'intérêt d'autrui. Sans doute, elle peut se dépouiller en faveur d'un tiers d'une partie de sa fortune, mais on veut que la perte subie par elle soit actuelle et qu'elle se réalise immédiatement, afin que la femme, se rendant un compte exact de son étendue, soit ainsi retenue dans une plus grande réserve. La femme peut donc faire une donation (l. 4, § 1 *ad S. C. Vell.*), payer la dette d'un tiers ou déléguer à quelqu'un qui n'est point son créancier un de ses débiteurs (l. 5. h. t.). Il ne lui est pas davantage défendu de vendre un de ses biens pour assurer en échange à un tiers l'acceptation de sa dette : sur ce dernier point, il est vrai, la loi 32, § 2. h. t. est quelque peu embarrassante, mais on a proposé de dire que, sans doute, il s'agissait

là d'un fonds italique pour lequel on n'avait procédé ni à la mancipation, ni à la *cessio in jure* ; dès lors la femme, en ayant conservé la propriété, pouvait le revendiquer et trouver dans le S. C. Velleïen une réplique à l'exception *rei emptæ et traditæ* soulevée par l'acheteur. Ajoutons enfin que le S. C. Velleïen prohibe absolument toute obligation contractée par la femme ou toute concession de droits de gage ou d'hypothèque dans l'intérêt d'un tiers.

La femme peut-elle renoncer au bénéfice du S. C. Velleïen ? Avant d'aborder l'examen de cette question si vivement discutée, il convient de remarquer que la femme a au moins un moyen d'échapper aux restrictions qu'édicte ce Sénatus-consulte : il consiste à user de certaines ruses et artifices, car, comme nous le dit la loi 2, § 3 : « on a voulu secourir les femmes qui ont été trompées, et non pas celles qui trompent et on s'est proposé de protéger la faiblesse et non d'encourager la ruse ».

On objectera peut-être que cette déchéance particulière attachée au dol ne préjuge en rien la question de savoir si la femme peut ou non renoncer à se prévaloir du S. C. Velleïen et qu'il est en effet de règle, dans toute législation, que les incapables ne sont plus protégés, lorsqu'ils commettent un dol (Conf. art. 1310 C. civ)

Cette objection est exacte, mais il semble précisément qu'au regard de la femme, le dol le plus petit et même le simple mensonge suffisaient pour lui enlever le bénéfice du S. C. Velleïen. Il y a là une

dérogação remarquable aux principes ordinaires qui ne permettent pas d'assimiler le mensonge au dol et ne le tiennent que pour une ruse innocente, *dotus bonus*. Or, les lois 23 et 30 *pr. ad. S. C. Vell.* attestent que la femme perd le bénéfice du Sénatus-consulte, en trompant le tiers par un simple mensonge. Ces deux lois se bornent en effet à nous montrer une femme affirmant une chose ou agissant de manière à faire croire à une chose qu'elle sait être fausse. Des commentateurs ont supposé que des manœuvres dolosives et des agissements frauduleux ont accompagné le mensonge et ils ont pensé que si les textes ne les mentionnent pas, cette omission est due à la maladresse des rédacteurs du Digeste, mais que certainement on ne la rencontrait pas dans les ouvrages des jurisconsultes d'où ces fragments ont été extraits. Il nous semble que les textes, si clairs et si précis dans leurs termes, résistent à une pareille interprétation, et qu'en particulier la loi 23 la repousse énergiquement.

Sans doute, nous n'irons pas jusqu'à prétendre que le créancier le plus imprudent et le plus négligent puisse arguer de son ignorance pour répondre par la *replicatio doli* à la défense de la femme, tirée du Sénatus-consulte Velleïen, mais les textes sont loin d'exiger de lui une prudence ou une clairvoyance bien grande et aucune loi ne nous dit que le contractant doit s'informer de l'emploi de l'argent qu'il prête (*curiosus esse debet quo pecunia vertatur*) ainsi qu'il le doit au regard du *filiusfamilias* protégé

par le S. C. Macédonien (l. 4. 6, 7, 12, 19, § 3, 28, § 1).

La femme peut-elle, sans avoir recours à ces moyens détournés, déclarer purement et simplement renoncer à se prévaloir du S. C. Velleïen ? La question est célèbre et vivement discutée.

Deux opinions sont en présence. Une première soutient que poser une telle question c'est la résoudre, et qu'une réponse négative donne seule satisfaction à la raison et au bon sens. En effet, dit-on, ce serait faire peu de cas d'une disposition législative que de supposer que les particuliers sont libres d'y apporter les dérogations qui leur conviennent, surtout lorsqu'il s'agit de protéger un incapable : s'il est permis d'écarter ainsi l'application d'une mesure protectrice, on ne manquera jamais d'insérer une clause dans ce sens et la loi devient lettre morte. On ajoute enfin qu'une telle dérogation aussi irrationnelle serait unique dans les annales des institutions législatives.

Ce raisonnement serait exact de tous points, si un texte embarrassant ne venait le contredire formellement. La loi 32, § 4. h. t. est ainsi conçue : « si la femme qui a intercedé est prête à défendre au procès pour détourner l'action qui menace le débiteur, vu qu'elle peut opposer l'exception tirée du Sénat s-consulte, elle devra *fournir caution* devant le magistrat qu'elle n'y aura point recours » (1).

(1) Si mulier, pro eo pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debet exceptione se non usuram et sic ac iudicem ire.

M. Gide, partisan de l'opinion que nous venons d'exposer, loin de trouver ce texte difficilement conciliable avec le système qu'il défend, en tire au contraire un argument en sa faveur : « Cette caution, imposée à la femme, serait chose non seulement inutile, mais même inconcevable, s'il était permis à la femme de renoncer à son exception directement : car en ce cas, pour donner pleine sécurité au créancier, elle n'aurait qu'à déclarer qu'elle renonce et, dès ce moment, son exception serait perdue ; si donc la femme, même après sa renonciation, doit garantir *in jure* et par une caution, qu'elle n'usera pas de son privilège, c'est évidemment parce que, après et malgré sa renonciation, elle conserve encore son privilège et peut obtenir du prêteur cette même exception à laquelle elle vient de renoncer » (1). L'argumentation de M. Gide paraît au premier abord irrésistible en effet. on ne voit pas comment la femme pourrait être obligée de *fournir une caution*, si une simple renonciation de sa part avait une valeur suffisante ; il ne faut pas oublier que le texte nous présente cette caution comme une véritable condition de la validité de cette renonciation (*cavere debet*) et sans elle, la femme ne pourra venir défendre au procès à la place de celui qu'elle a garanti.

L'interprétation de M. Gide est également acceptée par M. Accarias qui ajoute même que ce texte est plutôt favorable que contraire à l'opinion qui estime

(1) Gide, *Étude sur la condition de la femme*, p. 184, note 1.

que la femme ne peut renoncer à la protection du S. C. Velleïen (1).

Il nous semble pourtant que toute cette argumentation repose sur un oubli singulier des principes les plus certains posés par le législateur pour l'application du S. C. Velleïen. En effet les textes nous répètent à plusieurs reprises que le fidéjusseur qui accède à une obligation contractée par la femme contrairement aux dispositions du S. C. Velleïen, peut, comme elle, se prévaloir de la nullité de cet engagement (C l. 14, h. t. ; D. l. 2 *quæ res pignori*, XX. III). La loi 16, § 1. D. *ad en Vell.* décide que le fidéjusseur pourra soulever cette exception, même dans le cas où tout recours contre la femme, par l'action *mandati*, lui serait interdit, ainsi que cela a lieu lorsqu'il est intervenu *donandi animo* ; et la raison que donne Julien est topique, c'est, nous dit-il, que le Sénat a condamné l'obligation tout entière, (*quia totam obligationem Senatus improbat*).

Si maintenant nous faisons l'application de ces principes certains à l'hypothèse que nous examinons en ce moment, on voit immédiatement que l'accession du fidéjusseur ne procure aucune garantie nouvelle au demandeur qui agit et dès lors nous demandons, au premier système, comment il se fait que si l'obligation seule de la femme est inopérante comme renonciation au S. C. Velleïen, elle soit validée par l'adjonction d'un tiers qui sera entachée du même vice qu'elle-

(1) Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, 3^e édition, p. 389, n. 4.

même. On a beau accumuler les unes sur les autres des opérations essentiellement annulables, on ne parviendra jamais à les transformer en un engagement valable.

Aussi un second système s'appuie-t-il sur ce texte pour soutenir que la femme peut renoncer *ex post* à se prévaloir de l'exception du S. C. Velleïen car, dit-on, il faut évidemment supposer que la renonciation pure et simple de la femme a, par elle-même, une certaine valeur et une certaine force ; sans cela, l'obligation accessoire, ne se rattachant à rien de réel, serait elle-même frappée de nullité (1). D'ailleurs, cette opinion s'accorde avec la précédente pour reconnaître que la renonciation *simul* est impossible. Mais ce second système soutient que là s'arrête la prohibition du législateur et elle croit trouver dans la loi 32, § 4 la preuve que la renonciation *ex post* est permise.

Nous retombons alors dans l'objection présentée par M. Gide ; si la renonciation seule de la femme peut être efficace, comment admettre qu'on l'oblige à s'adjoindre un fidéjusseur ? On n'a peut-être pas assez remarqué, en effet, que cette caution, venant ici garantir, non pas la solvabilité de la femme mais seulement corroborer l'engagement qu'elle prend de ne pas se servir de l'exception *Sénatusconsulti Velleiani* est sans utilité aucune pour le créancier demandeur, dans le cas où la femme ne se prévaut pas de cette

(1) Maynz, *Principes de Droit romain*, t. II, p. 420, n. 16.

exception. La présence de la caution n'a d'intérêt pour le demandeur que dans l'hypothèse où la femme éviterait, au moyen de l'exception, le débat qu'elle avait d'abord accepté ; mais si sa renonciation seule suffit à lui faire perdre ce droit, n'est-il pas évident que le demandeur n'a aucun intérêt à exiger l'adjonction d'un fidéjusseur ?

Après avoir ainsi rejeté successivement les deux opinions adverses, il semble bien que nous soyons maintenant acculés à une impasse. Nous croyons, en effet, que les deux termes d'un dilemme rigoureux nous ont enfermé, sans aucune issue possible, car on peut résumer cette discussion ainsi : s'il suffit de la renonciation de la femme, qu'est-il besoin d'une caution, alors que le demandeur n'aura, *dans aucun cas*, intérêt à en exiger une ; et si la renonciation seule de la femme est inopérante, comment admettre qu'elle devienne valable par l'engagement accessoire d'un fidéjusseur entaché aussi du même vice que la renonciation principale ?

Il nous paraît fort difficile de répondre d'une manière satisfaisante à cette question : tout ce que l'on peut dire, c'est que la caution est ici exigée non pas pour renforcer l'engagement de la femme, ce qui n'a aucune signification et est juridiquement inexact, mais pour faire davantage réfléchir la femme sur la gravité de l'abandon qu'elle consent et mieux attester sa volonté : nous verrions dans la présence du magistrat et de la caution une condition de forme, transformant la renonciation à l'exception du Sénatus-consulte

Velleïen en une sorte d'acte solennel. Cette explication, pour insuffisante qu'elle soit, serait peut-être la plus satisfaisante, faute d'en pouvoir trouver une meilleure. Nous aboutirions donc, en définitive, à cette conclusion ; la femme peut renoncer *ex post* à se prévaloir du bénéfice du S. C. Velleïen, mais elle doit pour cela recourir à certaines formes, qui en éclairant sa volonté, assurent sa pleine liberté et lui laissent l'indépendance nécessaire pour ne consentir cette renonciation que dans les cas où elle la croit plus utile que préjudiciable à ses véritables intérêts.

Cette opinion a l'avantage de ne point contredire un texte formel et, d'autre part, elle n'autorise pas la femme à renoncer, dans tous les cas, même *ex post facto*, à la protection dont l'avait entourée le Sénat.

Certains auteurs citent comme un cas de renonciation valable, le paiement fait par la femme en connaissance de cause. Il y a là une légère méprise, car le paiement, dépouillement actuel et irrévocable, n'est point prohibé par le Sénatus consulte. Sans doute la femme en payant renonce par là-même à opposer l'exception *Scilicet Velleiani*, mais cette conséquence nécessaire n'est pas suffisante pour entraîner la nullité d'un acte pleinement valable en lui-même ; et pourquoi cesserait-on de considérer comme permis un paiement pleinement licite d'ailleurs, et auquel on n'adresserait d'autre grief que d'être fait en exécution d'une obligation antérieure annulable ? Il n'y a aucune raison pour annuler une ratification qui se fait

au moyen d'un acte pleinement valable en lui-même (C. L. Q. *ad S. C. Vell.*)

C'est bien à ce point de vue que se plaçaient les jurisconsultes romains : la preuve en est dans ce fait qu'ils déclaraient nul et sujet à répétition le payement qui n'était point fait en connaissance de cause : dans ce cas, le payement n'est plus un acte isolé, valable par lui-même et se suffisant à lui-même ; il a perdu ce caractère et on ne trouve plus en lui que la suite et la conséquence d'un acte annulable : dès lors il suffira à la femme de faire ressortir la fragilité de sa base pour le faire tomber ; tout cela est rigoureusement logique, car on sait que l'erreur de droit est en Droit romain, assimilée à l'erreur de fait, lorsqu'elle a été commise par une femme (l. 9. *de juris et facti ignorantia*, XXII. VI.)

Justinien modifia les dispositions du Sénatus-consulte Velleïen : on peut supposer qu'en le faisant, il ne fit que consacrer des pratiques de plus en plus fréquentes.

L'*intercessio* de la femme devient inattaquable lorsque après deux ans écoulés et majeure de 25 ans, elle l'aura confirmée soit par un écrit, soit par la constitution d'une sûreté quelconque (l. 22 C. h. t.)

Il est donc certain que la femme peut renoncer au bénéfice du Sénatus-consulte, du moins *ex post facto*. Mais une telle éventualité n'est pas toujours de nature à rassurer les créanciers qui voudront traiter avec la femme ; car telle qui leur promet aujourd'hui de ratifier plus tard son engagement, peut en deux années

changer d'opinion, et il faut une dose d'honnêteté peu commune pour résister à une pareille tentation lorsqu'on a été atteint par la mauvaise fortune.

Aussi la femme a-t-elle un moyen de renoncer immédiatement à la protection qu'elle trouve dans le *Senatus-consulte*, c'est de déclarer dans un acte authentique qu'elle a reçu quelque chose (*aliquid*), pour prix de son intercession : ainsi le décide une constitution de Justinien dans le but de « se débarrasser des entraves d'une jurisprudence ancienne et mettre un terme à des complications inextricables et à des distinctions inutiles » (l. 23, pr. h. t.).

Il est certain que dans la période précédente, le *S. C. Velleïen* n'était pas applicable, lorsque la femme avait reçu de l'argent pour intercéder. Mais si l'on réfléchit d'une part que, pour une même dette, les garanties se vendent plus ou moins cher suivant la solvabilité plus ou moins certaine du débiteur, et d'autre part qu'il est toujours aisé de déclarer dans un acte que la femme a reçu cinq mille sesterces, sans qu'une telle énonciation corresponde à rien de réel, on comprendra quelle mine inépuisable de procès et de difficultés se trouvait ainsi cachée dans les dispositions du *S. C. Velleïen* ; outre le mensonge possible, il pouvait fort bien arriver qu'une femme qui avait reçu mille sesterces pour garantir une dette de dix mille n'enfreignit aucune prohibition, alors qu'elle eût contrevenu à l'interdiction du *S. C. Velleïen* en recevant cinq mille sesterces pour garantir une dette de dix mille également. Tout dépendait de la

solvabilité et du crédit du débiteur principal et ces questions de fait soulevaient de vifs débats parmi les jurisconsultes.

Justinien se contente d'une valeur quelconque, *atiquid* ; autant valait dire que la femme n'a pas même besoin d'avoir reçu quelque chose. L'empereur n'osa point aller jusque-là, dans tous les cas, excepté lorsque la déclaration est contenue dans un acte authentique : dans ce cas le mensonge solennel tient lieu de la réalité.

Si l'acte est sous seing privé ou si aucun acte n'a été dressé, le créancier devra fournir la preuve que la femme a reçu quelque chose ; s'il n'y peut réussir, il sera repoussé par l'exception tirée du S. C. Velleïen.

Ajoutons enfin que Justinien, qui exigea de la femme tutrice de ses enfants, la renonciation au bénéfice du S. C. Velleïen, aggrava peut-être d'autre part la prohibition de *l'intercessio* en faveur de son mari (nov. 134, cap. 8).

Aussi bien nous est-il permis de remarquer que l'interprétation que nous avons proposée de la loi 32, § 4 *ad* S. C. Vell. se concilierait aisément avec la législation justinienne : sous les deux époques, la renonciation serait un acte solennel soumis à certaines formalités.

CHAPITRE II.

Renonciation à un droit de gage ou d'hypothèque.

Le S. C. Velleïen était une mesure générale de protection ; mais le patrimoine paraphernal de la femme mariée pouvait être compromis non seulement par ses dissipations personnelles, mais aussi par l'insolvabilité de ses débiteurs. Elle évitait ce danger en se faisant consentir des droits de gage ou d'hypothèque ou en exigeant la garantie de fidéjusseurs. Mais ces sécurités n'ont de valeur réelle au regard de la femme, que si elle est assez prévoyante pour les conserver jusqu'au moment où elle aura l'occasion de s'en servir ; une renonciation imprudente peut tout compromettre. Une telle renonciation est-elle possible ?

La femme peut certainement renoncer à un droit de gage ou d'hypothèque, garantissant une de ses créances paraphernales. La loi 8, *pr. ad S. C. Vell.* ne laisse aucun doute à cet égard : « quoique la remise d'une chose en gage renferme une intercession, cependant Julien écrit, au livre XII de son Digeste, que si une

femme créancière abandonne à son débiteur la chose qu'elle avait reçue en gage, elle n'intercède pas » (1).

Ainsi la femme ne peut grever ses biens d'une hypothèque pour la garantie d'autrui, mais elle peut, pour donner du crédit à son débiteur, renoncer à l'hypothèque qui garantit sa propre créance. La raison de cette différence nous semble quelque peu subtile; on a bien dit que, dans un cas, le dépouillement est présent et actuel, tandis que dans l'autre, il est futur et c'est précisément ce caractère d'incertitude que le S. C. Velleïen atteignait comme éminemment dangereux pour la femme.

Cette différence est plus apparente que réelle, car si on veut aller au fond des choses, on verra que la femme, qui renonce à un droit d'hypothèque, ignore le plus souvent l'étendue du préjudice qu'elle subit, faute de pouvoir apprécier exactement la solvabilité de son débiteur: tout comme si elle consentait une hypothèque, elle ne se rend pas bien compte des conséquences de son abandon, conséquences qui, ne se réalisant que dans l'avenir, ont, elles aussi, ce caractère d'incertitude et d'indétermination contre lequel le législateur avait voulu prémunir les femmes.

Le plus souvent les deux opérations aboutiront au même résultat, pour la femme tout au moins. Tout ce qu'on peut dire c'est que l'effet de la seconde est négatif, tandis que celui de la première est positif

(1) *Quamvis pignoris datio intercessionem faciat tamen Julianus, lib. XII Digestorum, scribit redditionem pignoris, si creditrix mulier rem quam pignori acceperat, debitori liberaverit, non esse intercessionem.*

et que, par définition même, il n'y a *intercessio*, au point de vue romain, que dans le fait de se charger d'une dette ou de grever ses biens d'un droit de gage ou d'hypothèque, mais jamais dans celui de renoncer en faveur de son débiteur à un droit de créance, de gage ou d'hypothèque.

Quoi qu'il en soit de cette distinction subtile, en voici une autre qui l'est peut-être plus encore : la femme, qui renonce valablement à son hypothèque, contracte une intercession prohibée, lorsqu'elle renonce à son rang d'hypothèque. Africain, dans la loi 17, § 1, nous présente l'espèce suivante : Une femme divorcée d'avec son mari a contre lui deux créances : l'une à raison de sa dot, l'autre à raison d'un prêt qu'elle lui a consenti. Une hypothèque sur un des immeubles du mari garantit ces deux créances. Ce dernier, ayant besoin d'argent, veut faire un emprunt, mais le prêteur exige un gage en garantie. Alors la femme intervient au contrat pour recevoir le paiement de sa dot, moyennant quoi elle renonce à l'hypothèque qui le garantit ; d'ailleurs elle n'a garde de prévenir le prêteur que l'objet remis en gage reste grevé de l'hypothèque de sa seconde créance. Plus tard elle intente l'action servienne contre le *creditor possessor*. Celui-ci répond par l'exception tirée de la convention de gage à laquelle elle a pris part, *si non voluntate ejus pignus datum esset*. Dans ces circonstances, la question qui se pose est la suivante : la femme pourra-t-elle repousser cette exception par la *replicatio S. C. Velleiani*? Non, dit Africain, cela est impos-

sible ; mais ajoute-t-il aussitôt, il en serait autrement si le créancier avait su que d'autres sommes étaient dues à la femme, *nisi creditor scisset alienam pecuniam ei deberi*.

Il est donc certain que, en principe, le S. C. Velleïen eût été applicable ici et ce n'est qu'à raison du dol de la femme que le juriconsulte le déclare inefficace en notre espèce ; le dol est en effet un des événements qui suspendent l'application du Sénatus-consulte. Ce texte d'Africain montre donc bien que la femme ne peut renoncer à son rang d'hypothèque sur un bien de son mari, en faveur d'un créancier de celui-ci.

Quelle est la raison de cette différence ; comment expliquer que la femme, qui pouvait renoncer à son hypothèque, ne puisse renoncer à son rang d'hypothèque ? La première opération semble pourtant plus funeste aux intérêts de la femme que la seconde, car elle est plus grave et anéantit complètement une garantie dont la seconde ne fait que diminuer l'efficacité.

M. Gide estime que la femme « qui renonce à son rang en faveur d'un autre créancier, oblige en quelque sorte, envers ce créancier, le bien qui lui a été donné en gage, ce qui est tout autant une intercession que si elle obligeait son propre bien, ou si elle s'obligeait elle-même » (1). Cette explication nous paraît très ingénieuse, mais extrêmement contestable ; nous ne voyons pas comment la femme qui renonce à son

(1) Gide, *Op. cit.*, p. 157.

rang, oblige même, *en quelque sorte*, le bien qui lui a été donné en gage ; elle l'oblige si peu, qu'elle ne pourrait le faire, encore qu'elle le voulût, et il faut être propriétaire d'un bien pour le grever d'une hypothèque. Il est vrai que, sans être propriétaire, la femme eût pu arriver au même résultat au moyen du *pignus nominis* et du *pignus pignori datum*.

Ces deux procédés de constituer une sûreté, au profit d'un tiers, étaient certainement interdits à la femme ; or, la cession d'antériorité peut leur être presque complètement assimilée. Il est moins aisé de justifier la différence faite par les jurisconsultes romains entre la renonciation à l'hypothèque et la renonciation au rang de l'hypothèque. On peut dire que la femme, dans la seconde hypothèse, perçoit d'une manière moins nette et moins précise encore l'étendue du préjudice qu'elle subit, car outre les chances d'erreur qui se rencontrent dans l'autre, elle peut se tromper ici sur la valeur même de la chose grevée ; enfin elle s'est peut-être leurrée de l'espoir que le créancier en faveur duquel elle renonce à son rang, serait bientôt payé, et que celui-ci n'ayant jamais besoin d'exercer son hypothèque, elle se trouverait en définitive, comme auparavant, au même rang qu'elle occupait avant sa renonciation.

Il y aurait un autre moyen de justifier la distinction que nous rencontrons dans les textes ; il consisterait à dire que dans le premier il s'agit d'une renonciation absolue faite par la femme au profit du débiteur, tandis que l'autre prévoit le cas d'une renonciation

in favorem. Cette dernière serait prohibée, aussi bien lorsqu'elle se produit en faveur d'un créancier chirographaire, que lorsqu'elle intervient au profit d'un créancier hypothécaire. Si maintenant on demande pourquoi la femme, capable de renoncer à son droit de gage ou d'hypothèque au profit de son débiteur, ne l'est plus de renoncer à ce même droit en faveur d'un créancier de son débiteur, nous répondrons que la seconde hypothèse se rapproche bien davantage de l'*intercessio* prohibée par le S. C. Velleïen ; au contraire, on ne peut pas dire que la femme qui renonce d'une manière absolue à son hypothèque, sans être déterminée à le faire par la considération de telle ou telle personne, intercède en faveur de son débiteur.

La renonciation peut être expresse ou tacite ; elle résulte, par exemple, du consentement donné par la femme à la vente de l'immeuble grevé de son hypothèque, en vertu de la règle *creditor qui permittit rem venire pignus dimittit* (l. 158, L. 17). D'ailleurs, la femme peut, en ce cas, réserver expressément son hypothèque. (l. 4, § 1, XX, 6).

La renonciation est également tacite, lorsque la femme permet que le bien affecté à sa garantie soit aussi grevé d'une hypothèque au profit d'un autre créancier. Mais quel est alors l'effet de cette renonciation ? est-elle absolue ou seulement relative, profite-t-elle à tous les créanciers postérieurs en hypothèque ou au contraire faut-il dire que celui-là pourra seul s'en prévaloir, en faveur duquel elle est intervenue ?

Il y a, sur ce point, discussion entre Marcien (l. 12, § 4, *qui patiores*, XX, 4) qui laisse le juge apprécier cette question de fait et Paul (l. 12, p., *quibus modus pignus*, XX, VI) qui estime que cette renonciation profite à tous et que le renonçant est censé se dépouiller complètement de sa garantie hypothécaire.

On a tenté de concilier ces deux textes en disant que la décision de Paul est applicable lorsque le créancier a déclaré renoncer à son hypothèque, *in rem*, d'une façon absolue, et non seulement *in favorem*, au bénéfice d'un seul (1).

A notre avis, le texte de Marcien est plus conforme que celui de Paul aux principes généraux du droit, suivant lesquels ceux-là seuls doivent profiter d'une convention qui y ont participé (l. 73, § 4, L. XVII).

On sait combien les effets de ces renonciations furent discutés au moyen âge par les commentateurs du Droit romain. Charles-Antoine Deluca examinant une de ces questions, l'appelait *una ex insolubilibus* et Huberus nous apprend, qu'une difficulté de ce genre s'étant présentée de son temps, les parties en vinrent à une transaction, après un grand débat et un partage entre les juges.

Une constitution d'Anastase (C., l. 24, ad S. C. Vell.) énonce formellement que celui-là seul qui aura traité avec la femme, pourra profiter de la renonciation. « Toutefois il est entendu que si elles ont ainsi renoncé ou renoncent en termes généraux au sujet

(1) Cujas, *ad. lib.*, 46, Dig.

d'un ou de plusieurs contrats déterminés, en ce qui concerne une ou plusieurs choses, une ou plusieurs personnes, cette renonciation doit être restreinte aux contrats, aux personnes et aux choses dont il s'agit, et ne peut aucunement être invoquée par rapport à d'autres contrats, auxquels les femmes n'ont pas ou n'auront pas consenti. »

Au surplus, les premiers mots de cette constitution font présumer qu'il y avait eu des doutes sur le point de savoir si la renonciation pure et simple à l'hypothèque constituait une intercession prohibée (1). Si ces doutes ont réellement existé, il n'y aurait plus lieu de s'étonner que les distinctions des jurisconsultes entre les renonciations licites et les renonciations prohibées, nous aient paru bien subtiles, car eux aussi auraient éprouvé les mêmes scrupules et certains d'entre eux refusaient d'admettre des distinctions si délicates qu'ils ne pouvaient croire à leur existence.

Il y aurait encore renonciation tacite de la part de la femme, dans le fait de restituer au débiteur la chose engagée, ou de lui abandonner l'acte constitutif d'hypothèque. (C. L. 7, *de remiss pignoris*, V II, 26.)

(1) Autrement il serait malaisé de comprendre la raison qui pousse l'empereur à employer une forme aussi impérative et à mettre ces renonciations sous la sauvegarde de son autorité qui saura en assurer le respect.

CHAPITRE III

Renonciation au *privilegium dotis* et à l'hypothèque qui assure la restitution de la dot.

A côté des bien paraphernaux, la dot de la femme mariée appela de bonne heure l'attention du législateur. Ce n'est plus ici la légèreté ou la faiblesse de la femme qu'il faudra craindre, mais la mauvaise administration et la déloyauté du mari, souvent enclin à se servir de la dot comme d'un moyen de crédit, et, en tout cas, peu disposé à restituer, à la dissolution du mariage, un patrimoine dont il a eu la jouissance pendant de longues années.

Il est vrai qu'à l'origine, la dot entraît définitivement dans le patrimoine du mari, car, comme le dit Paul, *dotis causa perpetua est*, et on considérait comme une exception les cas de restitution de la dot. Ce fut seulement, lorsque les divorces devinrent plus fréquents, qu'il fut nécessaire d'assurer à la femme les ressources qu'elle ne pouvait trouver ailleurs; le divorce, en effet, ne donne point, comme la mort du mari, lieu à un partage des biens de celui-ci entre ses

héritiers, parmi lesquels la femme venait au premier rang, *loco filia*.

Lorsque le mari est solvable, sa responsabilité est à elle seule une garantie suffisante pour la femme. En effet, il est, relativement aux choses dotales, responsable tant de son dol que de sa faute, parce qu'il reçoit la dot dans son intérêt. Il devra, d'après la loi 17 pr. *de jure dotium*, montrer dans l'administration du patrimoine dotal, une diligence au moins égale à celle qu'il apporte dans la gestion de sa fortune personnelle. La loi 23, L. 17, semblerait même exiger la diligence du bon père de famille. Ces deux textes seraient donc en contradiction et les inutiles efforts qu'on a faits pour les concilier ne le prouvent en effet que trop. Tout ce qu'on peut dire, c'est que ce dernier texte est fort obscur et qu'il a peut-être été interpolé; en outre l'exemple de la société, où la *culpa levis in concreto* est seule atteinte, fournit un puissant argument d'analogie.

Mais est-il possible de diminuer par une convention la responsabilité du mari? Il est certain qu'aucun pacte ne pourrait déclarer le mari irresponsable de son dol, car les principes généraux du droit s'y opposent (l. 23 *de reg. juris*). Pomponius défend même au mari de stipuler qu'il ne répondra que de son dol. *Pomponius ait maritum non posse pascisci ut dolum solum modo in dotem præstet, videlicet propter utilitatem nubentium.* (L. 6, *de pact. dotal.*). Ce texte est général et ne distingue point entre l'époque à laquelle un tel pacte a pu intervenir; il

nous semble, à la vérité, qu'il y a au moins un laps de temps pendant lequel un tel pacte devait être certainement prohibé, c'est celui qui s'écoule pendant toute la durée du mariage, car alors l'interdiction des libéralités entre époux empêche certainement la femme d'absoudre son mari de telle ou telle faute commise antérieurement dans son administration ou de renoncer à exiger de lui, dans l'avenir, la même diligence et la même vigilance.

Au contraire, lorsque le mariage n'a point encore été célébré, la décision de Pomponius semble rigoureuse et, peut-être n'a-t-elle d'autre explication que la raison majeure que ce même Pomponius invoque avec tant de force dans la loi 1, *Sol. Matr.* : « *Dotium carisa semper et ubique præcipua est ; nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse fœminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.* » Ici encore on a essayé d'opposer Ulpien à Pomponius et on s'est appuyé sur la loi 23 de *reg. juris* pour soutenir qu'une convention pourrait restreindre au dol la responsabilité du mari. Ce fragment semble, en effet, avoir cette signification, mais nous venons de dire qu'il était très obscur et, dès lors, il n'y a pas lieu d'insister.

On ne saurait d'ailleurs mettre en doute la validité d'un tel pacte, conclu après la dissolution du mariage.

La femme trouve donc dans la loi des garanties contre le dol ou les fautes du mari ; mais cette protection est insuffisante, car, le plus souvent, le mari, mau-

vais administrateur, sera en même temps insolvable ; les deux qualités se complètent et se rencontrent d'ordinaire dans la même personne ; dans ce cas, la responsabilité n'offre qu'une sécurité illusoire, faüte de pouvoir se traduire en des réparations pécuniaires.

On songea de bonne heure à combler cette lacune ; le *privilegium inter personales actiones* fut l'une des premières mesures prises dans ce but.

Ce *privilegium*, incessible, intransmissible et essentiellement personnel, ne peut être, pendant la durée du mariage, l'objet d'aucune renonciation de la part de la femme ; en effet, il est d'ordre public, puisque l'intérêt social est si vivement intéressé à la conservation des dots ; nous sommes donc bien ici en présence d'un de ces pactes dotaux, dans lesquels, comme le dit Paul, « la volonté des contractants n'est pas toujours observée, car les conventions privées ne peuvent déroger aux lois d'ordre public » (1). Mais après la dissolution du mariage, rien ne s'oppose à ce que la femme renonce à ce privilège ; une novation faite avec le mari ou avec un tiers le ferait même disparaître de plein droit. L. 29, de nov. XLVI, 2.

Cette garantie était bien insuffisante à elle seule : sans doute, combinée avec d'autres, elle devenait pour la femme une sauvegarde précieuse, puisque le fonds dotal ne pouvait être ni aliéné ni hypothéqué par le mari et qu'ainsi le *privilegium dotis* n'était primé sur

(1) Sent. de Paul, lib. I, tit. I, § 6.

ces biens que par les hypothèques légales. On s'accorde en effet à reconnaître que l'hypothèque consentie volontairement par un débiteur sur tous ses biens présents et à venir n'aurait pas atteint, au préjudice de la femme, les immeubles dotaux que celui-ci aurait acquis plus tard en se mariant. Mais le *privilegium dotis*, ne conférant aucun droit de suite, laissait au mari le droit d'aliéner librement les meubles dotaux et il se trouvait lui-même primé par les hypothèques que le mari pouvait consentir sur tous ses biens qui n'étaient pas en même temps dotaux.

Aussi l'usage s'introduisit-il de bonne heure d'exiger du mari la prestation d'une hypothèque ou d'un gage, ou même des fidéjusseurs, comme sûreté de la dot : il faut rechercher si la femme pouvait renoncer à ce droit de gage ou d'hypothèque.

La réponse affirmative à cette question ne saurait être douteuse, et les textes nous disent même qu'il importe peu que cette renonciation intervienne en faveur du mari ou en faveur d'un tiers (l. 8, *pr. ad S. C. Vell. XVI*, 1 ; C. l. 11 *ad S. C. Vell. IV*, 29).

Nous savons qu'il n'y avait là aucune intercession, prohibée et nous n'avons point à revenir sur ce point. Mais ne pouvait-on pas dire que, du moins, lorsque l'hypothèque grevait les biens du mari, la prohibition des donations entre époux s'opposait à ce que la femme s'en dépouillât ainsi gratuitement ? Il est certain que l'objection se présenta à l'esprit de plusieurs jurisconsultes, ainsi que nous l'indique ce fragment de Papinien : « Si une femme a reçu de son mari une

chose en gage et qu'elle le lui remette, ou réciproquement, il est *plus exact* de dire qu'il n'y a point là une donation. » (L. 18, *quæ in fraudem*, XLI, VIII).

Cette solution de Papinien se justifie pleinement, au point de vue juridique ; en effet, il est certain qu'en raisonnant avec la logique rigoureuse qui caractérisait les jurisconsultes romains, on ne saurait trouver aucun enrichissement dans la seule extinction d'un droit de gage, pas plus que celui qui renonce à un tel droit ne s'appauvrit. Comme auparavant, le mari reste débiteur de sa femme et le montant de sa dette n'a pas varié : il est vrai que pouvant offrir une garantie nouvelle à ses créanciers, il a ainsi augmenté son crédit. Mais, le crédit n'est pas lui-même un bien, du moins au sens juridique du mot, et quelqu'un qui fait un emprunt qu'il n'aurait pu faire quelque temps auparavant, faute de crédit, ne s'enrichit point véritablement, puisqu'il contracte une dette précisément équivalente au montant de la somme qu'il reçoit. Dès lors, nous croyons avec Papinien qu'il est plus exact de dire que la renonciation dont nous parlons ne constitue pas une donation.

Tout ce que nous avons exposé sur les cas de renonciation tacite trouverait également sa place ici ; notons seulement un mode spécial à notre espèce ; il se rencontre lorsque la femme consent à ce que l'immeuble grevé de son hypothèque soit donné en dot à un enfant commun (l. 11, XX, 6).

Née d'une convention, cette hypothèque reste à la complète disposition de la femme, qui peut l'hypothé-

quer ou renoncer à son rang, tout autant du moins que la prohibition des donations entre époux ou de l'intercession n'est pas en cause ; en elle-même, cette sécurité n'est pas encore considérée comme une institution d'ordre public et il doit en être ainsi, puisqu'on laisse à la libre volonté des parties le soin de décider de son utilité.

L'affranchissement d'un esclave était souvent l'occasion d'une renonciation de ce genre au profit du mari. Supposons un esclave engagé ou hypothéqué à la femme, le mari ne pourra certainement l'affranchir au préjudice des droits de la femme. C'est l'application des principes généraux (l. 4 et 27, § 1, XL, 9). Deux rescrits des empereurs Sévère et Antonin précisent bien ce point (C. l. I *de servo pignari dato manumisso*, VII. 8 ; l. I *de remis. pign.* VIII. 26). Le second nous montre une femme mariée renonçant à son *jus pignoris* au moyen d'une ratification de l'affranchissement. Il importe donc peu que la renonciation précède l'affranchissement ou le suive : celle-ci ne constitue pas une donation entre époux ; cette conclusion est certaine et découle par *a fortiori* du droit que plusieurs textes reconnaissent à la femme de renoncer même à sa créance dotale en restitution de cet esclave affranchi, (l. 62 et 63 *Sol. Matir.*). Il est vrai que la femme perd ainsi et que le mari gagne tout ce qui lui échoit *quasi ad patronum*, mais ainsi que le remarque Paul, l'époux donataire ne s'enrichit réellement pas aux dépens de l'autre.

Remarquons, au passage, que le mari pouvant dis-

poser à son gré des créances dotales, reste libre de renoncer aux droits de gage ou d'hypothèque qui garantissent ces *nomina*, du moins, quand ceux-ci ont pour objet des valeurs mobilières. Supposons une créance de 50.000 sesterces, garantie par une hypothèque sur un immeuble. Cette hypothèque n'est pas un *prædium dotale* et la loi Julia ne lui est pas applicable. Peut-être serait-il plus exact de dire que cette hypothèque constitue un véritable *prædium dotale* et se trouve comme telle soumise à la loi Julia; seulement le sort de l'accessoire étant ici indissolublement uni à celui du principal, le mari qui a certainement pouvoir pour disposer du principal, resterait aussi maître absolu de l'accessoire. Cette manière d'envisager les choses aboutirait au même résultat, en admettant pour ce cas spécial une exception à la loi Julia. Quoi qu'il en soit, la solution est certaine et le droit du mari ne saurait être contesté.

L'usage de stipuler des droits de gage ou d'hypothèque pour garantir la restitution de la dot se perpétua jusqu'à Justinien; une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose défendit de cautionner l'*obligatio dotalis* par l'adjonction de fidéjusseurs. Justinien maintint et même renforça cette interdiction, car, dit-il, pourquoi faire intervenir dans le mariage une cause de tromperie, alors que la femme s'est livrée elle-même et toute sa dot à son mari (C. l. 1 et 2, V, 20).

Ce raisonnement peut être juste, seulement il serait possible de le reproduire contre toutes les autres

garanties dont Justinien lui-même devait plus tard gratifier si généreusement la femme mariée.

En effet, en l'an 529, il accorda à la femme une hypothèque privilégiée sur toutes les choses apportées en dot (C. l. 30. V. 12), et cela sans distinction entre les meubles et les immeubles, entre les biens estimés et les biens non estimés. On sait comment cette constitution, en permettant à la femme de revendiquer directement les objets dotaux, semble reconnaître à celle-ci un droit de propriété qui auparavant appartenait exclusivement au mari. On aboutissait ainsi à ce résultat que le mari n'avait pas plus le droit d'aliéner les meubles dotaux, qu'il ne pouvait disposer du fonds dotal : la seule différence se rencontrait dans ce fait que le concours de la femme pouvait valider une aliénation nulle en elle-même comme consentie *a non domino* : au contraire ce concours était inopérant pour confirmer l'aliénation de l'immeuble dotal,

On s'accorde généralement aujourd'hui à rejeter cette doctrine et à dire que Justinien, voulant opposer le droit naturel à la subtilité des lois, n'a fait qu'ouvrir à la femme une voie directe pour obtenir la restitution des meubles dotaux non estimés. Telle fut bien la pensée de Justinien ; la constitution de l'année 530 en témoigne clairement, car l'empereur y reconnaît encore au mari le droit d'aliéner seul, et les meubles dotaux et les objets mobiliers ou immobiliers qui ont été estimés.

Puisque la propriété des biens dotaux continue d'appartenir au mari, l'hypothèque dont ils sont gre-

vés au profit de la femme, a une existence réelle, et celle-ci est aussi conforme au droit naturel qu'aux principes juridiques.

Aussi bien, cette même constitution de 530 concéda à la femme une hypothèque légale sur tous les biens de son mari : enfin l'année 531 vit la transformation de cette hypothèque en une hypothèque privilégiée, qui n'est plus restreinte, comme celle de l'année 529, aux biens mobiliers ou immobiliers apportés en dot, mais s'étend à tout le patrimoine du mari.

Cette hypothèque légale peut-elle être de la part de la femme l'objet d'une renonciation ? Justinien lui-même a répondu à cette question, d'une façon quelque peu incomplète, il est vrai. « Comme dans cette loi même, nous dit-il, nous avons donné à la femme une hypothèque, elle est suffisamment protégée, encore que le mari ait voulu aliéner son fonds. Mais pour que le consentement de la femme ne puisse pas diminuer cette hypothèque, il est nécessaire de venir en cela au secours de la femme en ajoutant que, non seulement le mari ne pourra hypothéquer le fonds dotal, au cas même où la femme consentirait, mais qu'il ne pourra davantage l'aliéner de peur que la femme ne se trouve ruinée par suite de sa faiblesse. Une constitution d'Anastase parle du consentement des femmes ou de leur renonciation à leur droit, mais il faut l'entendre des biens du mari ou des biens dotaux estimés qui appartiennent au mari ou sont à ses risques (1). »

(1) L. 1, § 15, C. de rei uxoriæ act. v. 13. Cum autem hypothecam

Nous avons tenu à transcrire intégralement ce texte, car il résout bien la question que nous avons posée. Il nous enseigne que la femme ne peut renoncer à son hypothèque privilégiée sur le fonds dotal, pas plus en faveur du mari qu'en faveur d'un tiers créancier ou acquéreur. Chose curieuse, il paraît même d'après le raisonnement de l'empereur, que ce fut la nécessité de protéger la femme contre des renonciations imprudentes, qui le porta à édicter l'inaliénabilité du fonds dotal, même du consentement de la femme.

En effet, une des conséquences les plus immédiates de la loi Julia avait été de faire intervenir la femme dans toutes les ventes d'immeubles dotaux, consenties par son mari; or nous l'avons vu, l'intervention du créancier hypothécaire, à la vente de l'immeuble qui lui a été engagé, avait été regardée de tout temps, comme un abandon de son gage hypothécaire. On raisonna de même lorsque la femme intervint à l'aliénation du fonds dotal. Sans doute il y aurait eu de bonnes raisons pour contester cette conclusion, car si on ne conçoit pas d'autre utilité à

ei etiam ex hac lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, et si maritus fundum alienare voluerit. Sed ne et consensu mulieris hypothæcæ ejus minuantur, necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire, hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothæcæ titulo dare, nec consentiente muliere, maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam. Licet enim Anastasiana lex de consentientibus mulieribus, vel suo juri renunciantibus loquatur, tamen eam intelligi oportet, et in rebus mariti vel dotis quidem æstimatis, in quibus dominium et periculum mariti est.

l'intervention du créancier, que l'abandon de son hypothèque, il y avait certainement dans la loi Julia, une explication suffisante de l'intervention de la femme. Toujours est-il qu'on lui donna cette double portée, peut-être à cause des distinctions subtiles auxquelles on eût été amené, si on eût agi autrement.

On voit comment la loi Julia était devenue un danger pour la femme, tout autant qu'une protection, car si elle n'eût pas existé, la femme n'aurait jamais pris part à la vente du fonds dotal et eût ainsi conservé intacte son hypothèque, conventionnelle d'abord, légale après Justinien. Cet empereur comprit tout cela, et pour retirer la femme de cette fâcheuse situation, il prohiba d'une manière également absolue et l'aliénation du fonds dotal et la renonciation à l'hypothèque légale, qui grevait ce même fonds. C'était frapper un grand coup et on peut penser qu'il eût été suffisant de prohiber la renonciation à l'hypothèque légale, car alors la femme, même intervenant à l'aliénation du fonds dotal, eût conservé sa garantie. Mais il semble bien, si on saisit l'enchaînement des idées contenues dans la loi unique. C. V. 13, que Justinien considérait comme une antinomie et une contradiction juridique, d'admettre que la femme en intervenant à la vente, s'engageait à ne pas contester la validité de cette aliénation et cependant conservait intact un droit hypothécaire qui pouvait en fait mettre à néant cette aliénation, au grand détriment de l'acheteur. Il est vrai qu'un texte au moins nous montre un créancier hypothécaire intervenant à une

vente et conservant intacte sa garantie (l. 4, § 1, XX, 6) ; mais cette anomalie résulte d'une réserve expresse, et il eut été plus hardi de la faire résulter des dispositions impératives de la loi.

Si en outre on veut bien considérer qu'il y a entre la revendication et l'action servienne, des rapports d'une parenté très voisine et que l'abandon d'une hypothèque se rapproche beaucoup de l'aliénation, on dira peut-être que Justinien eut raison de décider, qu'au moins en ce qui concerne le fonds dotal, le consentement de la femme serait tout aussi inefficace pour en valider l'aliénation, que pour le dégrever d'une hypothèque.

Justinien énonce expressément que la renonciation à l'hypothèque grevant les biens du mari ou les biens apportés en dot avec estimation, reste pleinement licite comme auparavant. *Quid* de l'hypothèque portant sur les meubles dotaux ? la femme peut-elle y renoncer ? Justinien a omis de nous renseigner sur ce point et de là des discussions sont nées.

En faveur de la négative on invoque la généralité du motif que l'empereur donne à l'appui de sa décision, *ne et consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur* ; on cite la règle plusieurs fois mentionnée dans les textes, suivant laquelle *causa dotis pacto deterior fieri non potest* (1), enfin on dit qu'il y a lieu d'appliquer par analogie à l'hypothèque privilégiée de Justinien, ce qui était admis pour le *privilegium dotis* de l'époque classique.

(1) De Savigny, t. IV, § 149, note h.

En dépit de toutes ces raisons, il semble que l'affirmative soit beaucoup plus en harmonie avec le texte même qui soulève cette question. En effet, le fonds dotal constitue pour la femme une sécurité particulièrement précieuse; au contraire les meubles dotaux qui peuvent être aliénés par le mari doivent aussi pouvoir être dégagés de cette hypothèque, plus gênante pour les tiers qu'avantageuse pour la femme: en outre comment comprendre que les meubles dotaux ne puissent être affranchis, alors que les immeubles estimés peuvent l'être et que les autres biens du mari le peuvent aussi. Enfin il ne faut point abuser de la maxime *causa dotis pacto deterior fieri non potest*; sans doute elle est exacte dans plusieurs cas, mais souvent aussi elle conduirait à des résultats inadmissibles et particulièrement dans notre espèce où on aboutirait à proscrire l'affranchissement des immeubles estimés ou des autres biens du mari (1).

Si donc la femme intervient à l'aliénation d'un bien du mari, d'un meuble dotal ou d'un immeuble estimé, comme sa présence ne peut avoir pour but de valider une aliénation pleinement valable en elle-même, on l'interprétera conformément au droit commun, comme une renonciation à l'hypothèque légale.

Cette renonciation sera toujours valable, quelque grave préjudice qu'elle puisse porter par la suite à la femme: il n'y a pas lieu d'admettre sur ce point

(1) Demangeat, *du Fonds dotal*, p. 37 et 38.

la restriction universellement professée par nos anciens commentateurs du Droit romain, qui décidaient que la femme ne pouvait renoncer à son hypothèque légale qu'autant qu'elle ne se préjudiciait pas et qu'à l'époque de la restitution de la dot il restait assez de biens à son mari, pour lui rendre intégralement ses apports matrimoniaux (1).

La constitution d'Anastas (C. l. 1, § 15, V. 13) et celle de Justinien ne formulent aucune réserve de cette nature; il y a donc lieu de décider que dans les cas où cette renonciation est permise, il importe peu que la femme se trouve plus tard dans l'impossibilité de recouvrer sa créance dotale, faute d'avoir conservé la garantie qui en assurait le payement. Cette opinion est bien préférable au système suivi dans notre ancien droit, car autrement on ne voit guère l'utilité d'une renonciation qui se trouve annulée en cas d'insolvabilité du mari : c'est précisément en vue de cette éventualité, que le tiers avait avantage à l'obtenir, car elle n'a pas intérêt pour lui, si on suppose le mari solvable.

(1) Bartole, lib. VIII, t. 17, déf. 3; Faure, lib. IV, t. 21, déf. 15.

CHAPITRE IV.

Consentement de la femme à l'aliénation du fonds dotal. — Loi Julia.

Il nous faut maintenant remonter quelques siècles en arrière et revenir au temps d'Auguste. On sait que la loi Julia, rendue sous le règne de cet empereur, en l'an 737 de Rome, interdit au mari d'aliéner l'immeuble dotal sans le consentement de la femme.

Cette loi s'appliquait même au fiancé, lorsque le fonds lui avait été transféré *dotis causa* avant le mariage, l. 4, *de fundo dotali* XXII¹, 5, même aux successeurs à titre universel du mari, entre les mains desquels l'immeuble conservait son caractère d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, l. 1§1 et 22, pr. et § 1, h. t.

On considère comme fonds dotal l'immeuble dont la propriété a été transférée au mari *dotis causa*, par son père ou par un étranger, l. 13, § 2, h. t. Si l'immeuble avait été estimé, comme l'estimation vaut vente, ce qui est devenu dotal dans ce cas, ce n'est pas l'immeuble même, mais le montant de l'estima-

tion et dès lors on ne se trouve plus dans les termes de la loi Julia.

De même qu'on avait soumis le fiancé et les successeurs universels du mari aux mêmes obligations que le mari lui-même, de même on entendit par aliénation toute diminution du fonds dotal ou de ses accessoires. Etait considéré comme une aliénation tombant sous le coup de la loi Julia le fait de consentir sur le fonds des servitudes soit prédiales, soit personnelles, de laisser éteindre une servitude active par non usage, enfin de la laisser prescrire, en supposant, bien entendu, que la possession remontât à une époque antérieure au mariage.

— La loi Julia n'est qu'une mesure de protection édictée en faveur de la femme, et comme à l'époque classique, on ne voit pas là une mesure d'ordre public, rien ne s'oppose à ce qu'elle renonce à s'en prévaloir ; aussi son consentement rend-il l'aliénation pleinement valable et inattaquable. Par définition même, le bénéfice de la loi Julia ne peut être invoqué par la femme, qu'autant qu'elle n'y a pas renoncé.

Ce consentement peut être exprès : il peut aussi être, et en fait il est le plus souvent, tacite et comme tel, il résulte du concours de la femme à l'aliénation. Il importe peu qu'il intervienne après coup, *ex post*, sous forme de ratification et les textes nous fournissent des exemples des deux manières (l. 50, *Sol Matr.* XXIV, 3 ; et l. 32 *de pact dot.* XXII, 4).

Cette ratification peut même se produire après la dissolution du mariage, et on la présume lorsque la

femme accepte l'hérédité de son mari, ou seulement un legs dans un testament où il confirme implicitement l'aliénation qu'il a faite sans droit du fonds dotal. Il y a, sur ce point, un texte de Papinien fort intéressant (l. 77, § 5 de leg 2^o XXXI). « Un mari ayant vendu le fonds dotal, contrairement à la loi Julia, a fait un legs à sa femme ; et, de plus, il a chargé l'acheteur, par un fidéicommis, de lui remettre le prix. Il est certain que l'acheteur n'était point obligé d'exécuter le fidéicommis. Si pourtant, la femme, après avoir reçu le legs, voulait faire prononcer la nullité de la vente, on pourrait, en lui offrant le prix, l'écarter par l'exception de dol » (1).

L'acheteur n'est pas tenu du fidéicommis, aussi longtemps du moins que la femme n'a pas ratifié l'aliénation consentie par son mari ; en effet, il n'est pas un véritable acheteur, et n'étant par suite ni débiteur du mari, ni gratifié par lui, nous le supposons par hypothèse, dans aucune disposition de testament, il est clair que le fidéicommis n'est à aucun titre obligatoire pour lui. Il le deviendra au moment où la femme ratifiant la vente du fonds dotal pourra invoquer contre l'acheteur le rescrit de l'empereur Antonin le Pieux, permettant à un créancier de grever son débiteur d'un fidéicommis au profit d'un tiers. A ce moment, en effet,

(1) « Qui dotale prædium, contra legem Juliam, vendidit uxori legatum dedit et emptoris fidei commissit, ut amplius ei pretium restituat, emptorem fideicommissi non teneri constabat : si tamen accepto legato, mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio, doli placuit exceptione summoverti. »

il est devenu irrévocablement et définitivement le débiteur du mari.

Mais le fragment de Papinien ne suppose pas une ratification aussi formelle et aussi directe; il suppose, ce qui est plus délicat, que la femme, ayant accepté un legs dont la gratifiait son mari, veut ensuite faire tomber la vente du fonds dotal. Le pourra-t-elle? Non, répond Papinien, et l'acheteur, désireux de garder son immeuble, n'en sera pas réduit à la dure extrémité de payer la *litis æstimatio*, fixée par la femme elle-même sous la foi du serment. Il pourra repousser la prétention de la femme au moyen de l'exception de dol. Si l'on recherche en quoi consiste le dol de la femme, il est clair que ce dol se rencontre dans sa volonté de méconnaître certaines dispositions d'un testament, alors qu'elle a recueilli le bénéfice de certaines autres. Il y a mauvaise foi de la part de la femme à apporter ainsi un obstacle à l'accomplissement des volontés du testateur; or n'est-il pas évident que l'intention de ce dernier, telle qu'elle résulte manifestement du fidéicommiss, est que l'acheteur garde le fonds et que la femme recueille le legs qu'il lui a fait et en outre touche le prix de vente.

Ce texte de Papinien est intéressant parce qu'il montre que la ratification de la femme peut-être non seulement tacite, mais encore résulter de certains actes, qui tout en n'ayant avec l'aliénation du fonds dotal, aucun rapport direct, mettent cependant la femme dans une situation telle qu'elle ne pourra plus tard se prévaloir de la loi Julia, sans contrevenir

à la bonne foi et sans commettre un dol. On peut dire que Papinien pousse jusqu'à l'extrême le principe des renonciations tacites et en déduit toutes les conséquences.

Une seule chose est nécessaire, c'est que cette renonciation émane bien de la femme ; rien ne peut suppléer à son défaut de consentement, pas même la volonté de son père (l. 12, § 1 *de fundo dotali*). Cette proposition nous paraît aujourd'hui toute naturelle et nous trouvons bien plutôt extraordinaire que Papinien prenne la peine de la formuler ; et cependant ce n'était point chose inutile aux yeux des Romains, car il est certain que si la vieille constitution de la famille romaine se fût maintenue, on n'eût point manqué d'autoriser cette substitution de la volonté du père à celle de sa fille. Il est inutile d'insister sur la gravité des conséquences que peut entraîner pour la femme cet acquiescement à l'aliénation du fonds dotal. Sa dot éprouve ainsi une modification dans sa composition et même parfois se trouve diminuée ou réduite à rien, lorsque l'alienation est faite à titre gratuit. Sans doute la participation de la femme à la donation par le mari du bien dotal, n'entraîne pas inévitablement sa renonciation à l'*obligatio dotalis* et sa volonté de délier à toujours son mari de l'obligation de restituer la dot, mais il paraît bien qu'en pratique, cette coopération de la femme à la donation du fonds dotal a reçu cette interprétation, et elle perdait à la fois le droit de revendiquer plus tard l'immeuble entre les mains

du donataire et celui d'en réclamer la valeur de son mari.

On voit que la protection de la loi Julia n'était point toujours un bienfait pour la femme, car, nous répéterons ici ce que nous avons dit à propos de la renonciation à l'hypothèque ; si la loi Julia n'eût point existé, la femme aurait conservé au moins son action en restitution contre son mari, puisque rien n'eût motivé sa présence à la donation.

La conclusion à laquelle nous arrivons paraît à ce point funeste aux intérêts de la femme qu'on est tenté de la rejeter comme contraire à l'intérêt général et à l'ordre public. Ce qui semble certain c'est qu'on ne peut la repousser en se plaçant sur le terrain des principes, car la participation de la femme à la donation ne contient ni *intercessio* ni donation entre époux. Ce n'est pas une *intercessio* puisque le dépouillement actuel et certain en fait précisément une donation en faveur du tiers et pour la même raison, ce n'est pas davantage une donation en faveur du mari. Sans doute le mari s'offre gratuitement les avantages moraux attachés à la qualité de donateur, mais il ne réalise aucun profit pécuniaire et, si la femme s'appauvrit, lui du moins ne s'enrichit pas ; la donation entre époux suppose que l'un des époux est donateur et l'autre donataire ; or, ici nous n'avons point d'époux donataire, et dès lors il ne saurait être question d'annuler l'acte comme contenant en faveur du mari une libéralité défendue.

Au surplus, on sait que la femme pouvait déléguer

ou céder à un tiers la créance en restitution de sa dot, qu'elle a contre son mari ; or rien ne s'oppose à ce que cette délégation soit faite à titre gratuit : sans doute le donataire n'est pas simplement un délégataire puisqu'il obtient immédiatement le paiement de sa créance ; mais cette différence n'a en rien modifié le rôle de la femme, elle provient tout entière de l'attitude du mari qui, n'ayant plus à faire cette restitution à la femme, a pu la faire *constante matrimonio* et de suite. Ajoutons que cette cession ou délégation de la créance dotale pourrait aussi bien avoir pour objet des immeubles que des meubles, car la distinction posée par la loi Julia n'a trait qu'au pouvoir d'aliénation du mari.

L'acte est donc pleinement licite. Un seul doute reste dans notre esprit : nous nous demandons si la seule présence de la femme à la donation était interprétée comme une renonciation à l'*obligatio dotalis* du mari. Il semble qu'effectivement cette interprétation dut être admise : dès lors il appartenait à la femme, qui n'intervenait à la donation de l'immeuble dotal que pour écarter l'application de la loi Julia, de le spécifier d'une manière certaine et de bien exprimer sa volonté à cet égard.

Dans ce dernier cas, il est vrai de dire que le mari est véritablement donateur, puisque c'est lui qui, en dernière analyse, supportera la perte résultant de la donation qu'il consent ; de là, il suit que si, au moment où il la fait, il a conscience de se mettre en état d'insolvabilité ou d'augmenter son insolvabilité

antérieure, la donation est nulle et la femme, qui peut alors contraindre son mari à une restitution immédiate de la dot, l. 24, *pr. Sol Matr.*, sera fondée à revendiquer contre le donataire l'immeuble dotal. Vainement celui-ci répliquerait-il que la femme, en intervenant à la donation, a abdiqué définitivement le droit de contester l'aliénation ; elle répondrait victorieusement qu'ayant eu soin de spécifier, comme nous le supposons, que sa participation ne contenait aucune décharge de sa créance en restitution de dot contre son mari, elle a seulement renoncé à se prévaloir de la loi Julia ; puisqu'elle est restée créancière de son mari, il est juste qu'elle puisse invoquer les mêmes moyens de nullité que les autres créanciers et il n'y a aucune raison pour la placer dans une situation défavorable.

Souvent le mari faisait intervenir sa femme, lorsqu'il aliénait à un titre quelconque un meuble dotal, alors même que celui-ci n'était grevé d'aucun droit de gage ou d'hypothèque au profit de sa femme. En disposant des corps certains mobiliers qui composent la dot, le mari n'excède pas ses pouvoirs, mais d'autre part, l'obligation de restituer qui pèse sur lui reste la même et elle a toujours pour objet ces corps certains eux-mêmes, car le mari n'a pu, à lui seul, leur substituer une somme d'argent. Cette situation est défavorable en ce que, à la dissolution du mariage, le mari devra restituer *immédiatement* des sommes d'argent parfois importantes ; pour parer à ce danger le mari fait intervenir sa femme ; Pomponius nous

montre ainsi le mari, vendant *voluntate mulieris*, des choses mobilières autres que des fruits, des arbres de haute-futaie par exemple : *nummi, ex ea venditione recepti, sunt dotis*, nous dit le jurisconsulte, l. 32, *de jure dotium* ; une véritable subrogation s'opère ; il y a *permutatio dotis ex re in pecuniam*, dès lors la dot ne renferme plus de corps certains mobiliers, mais une somme d'argent, pour la restitution de laquelle le mari jouira des trois termes ordinaires : *annua, bima, trima die*. Le consentement de la femme pourrait également autoriser le mari à opérer une *permutatio dotis ex pecunia in rem*. Tout cela est parfaitement licite : car une valeur est remplacée par une autre équivalente et aucun des époux ne s'enrichit aux dépens de l'autre.

Cependant cette subrogation n'est pas le seul effet produit par le concours de la femme : celui-ci en produit un second, il décharge le mari de toute responsabilité vis-à-vis d'elle, au moins en ce qui concerne l'acte auquel elle a participé. Il nous semble même que le mari devait se préoccuper bien davantage de mettre ainsi sa responsabilité à couvert que de se ménager des délais pour l'époque de la restitution de la dot.

Que ce fût là en réalité sa principale préoccupation, les textes nombreux qui nous parlent de la coopération de la femme à un acte consenti par son mari, nous en fourniraient au besoin la preuve ; il s'agit toujours d'un acte grave, d'un fait d'administration important dans lequel la *permutatio dotis* n'occupe

que le second rang. Le mari, par exemple, a l'intention de couper des arbres de haute futaie, l. 32, *de jure dotium*, d'abattre une plantation d'oliviers pour la remplacer, l. 8, *de fundo dotali*, d'extraire des pierres ou des blocs de marbre. Ces actes peuvent engager gravement sa responsabilité, car on ne sait pas toujours au moment où on les accomplit ce qu'il en adviendra et ils déjouent parfois les calculs de l'homme le plus prudent ; plus tard la femme pourrait s'en prendre à son mari de sa mauvaise administration, car il est toujours très facile d'accuser quelqu'un d'impéritie ou d'imprudence, après que les faits sont venus attester éloquemment les dangers de l'entreprise : pour obvier à toutes ces difficultés, le mari fait intervenir sa femme et il ne devra aucune indemnité, quand bien même la coupe qu'il a faite ou l'exploitation de la carrière à laquelle il s'est livré constitueraient un acte de mauvaise administration ; nous supposons, bien entendu, que le mari ne s'est point enrichi aux dépens de la femme, car, s'il en était ainsi, il y aurait violation de la règle qui prohibe les donations entre époux.

Cette même règle nous fait comprendre ce qu'il faut entendre par les expressions *si hoc mulieri utile sit*, l. 26 *de jure dotium*, *cum mulieri prodest*, l. 21 *de pact. dotal.*, que les jurisconsultes emploient volontiers, lorsqu'ils déclarent valables les changements apportés dans la composition de la dot, du consentement de la femme. Ils ne veulent pas dire par là que la femme doive nécessairement réaliser un

bénéfice, montrant ainsi que c'est la perspective seule de ce gain qui légitime à leurs yeux cette substitution ; ils exigent seulement que cette *permutatio* ne soit pas pour la femme un moyen indirect d'enrichir son mari, et Scévola n'exprime pas une idée différente lorsqu'il demande que la « dot ne soit pas mise dans une condition moins avantageuse » *si deteriore loco dos non esset*, l. 29, *pr. de pact dotal.*

Au surplus, nous ajoutons qu'il importerait peu que la femme se fût enrichie ou appauvrie, pourvu que ce ne soit pas au préjudice ou en faveur du mari. Rien ne s'oppose à ce que la femme fasse à un tiers une donation ou en reçoive une d'un tiers : sans doute cette donation se réaliserait par l'intermédiaire du mari, mais cela ne suffit pas pour en faire une donation entre époux.

Ces décisions sont intéressantes, car elles fournissent à la femme un moyen indirect de diminuer la responsabilité de son mari, ce que, nous l'avons vu, elle ne pouvait faire directement. Cette différence n'implique aucune contradiction, car cet acquiescement, spécial à chaque acte et nécessairement répété pour chacun, est beaucoup moins dangereux que ne le serait pour la femme une déclaration générale par laquelle elle déchargerait son mari de la responsabilité des fautes qu'il commettrait dans l'administration du patrimoine dotal.

Au surplus, il est du moins quelqu'un que la femme ne peut dépouiller, c'est son père, ou plutôt

l'ascendant paternel qui l'a dotée. On sait en effet que, lorsqu'à la dissolution du mariage, la femme reçoit de son mari la restitution de sa dot, si à ce moment elle est fille de famille, son père ou son ascendant a, sur cette restitution, un droit égal au sien; il existe suivant les textes, une *communio* entre le père et la fille; or il est inadmissible qu'un seul puisse compromettre les droits de ses co-créanciers et comme cette communauté, sur laquelle nous aurons tout à l'heure l'occasion de revenir brièvement, est d'une nature particulière, il s'en suit que la femme ne peut même pas aliéner ou compromettre sa part dans ce droit commun. Ces principes sont bien mis en lumière dans un texte de Pomponius, (l. 7. *de pact. dotal.*) où le jurisconsulte, après nous avoir dit que le pacte fait entre le père seul et le gendre ne peut ni nuire, ni profiter à la femme et ne saurait par suite être invoqué par elle ou contre elle, ajoute : « au contraire, si la fille seule a fait le pacte, pacte qui tend à améliorer la condition du père, il profitera au père, parce qu'un père peut acquérir par sa fille, tandis qu'une fille ne peut acquérir par son père. Que si la fille avait fait un pacte désavantageux, si elle-même agit, il lui sera opposable; il ne pourra jamais être opposé au père, à moins que le père n'agisse avec le concours de sa fille. Il faut dire en effet que la fille qui fait un pacte ne peut pas empirer la condition du père, dans le cas où le mariage étant dissous par sa mort, la dot doit retourner au père.

On le voit, la renonciation de la part de la femme à sa créance en restitution de sa dot, la délégation qu'elle consent de cette créance à un tiers à titre onéreux ou gratuit, ne sont point toujours aussi aisées qu'elles le paraissent. En effet, il n'en est pas comme de la loi Julia où le consentement de la femme met définitivement l'aliénation du fonds dotal à l'abri de toute contestation, puisque la loi ne reconnaissait qu'à elle seule le droit de s'y opposer.

Au contraire son père, étant créancier au même titre qu'elle, ne peut, par là-même, se voir dépouiller par un acte auquel il est complètement resté étranger. Que le mari ne puisse donc lui opposer un pacte conclu avec la femme seule, cela ne pouvait faire de doute; mais ne le pouvait-il pas lorsqu'il agissait *adjuncta filiae persona*? La question est difficile, car, si d'une part il n'était pas juste de faire subir un préjudice au père, il était non moins injuste de causer un dommage au mari, au mépris d'un pacte, intervenu entre lui et sa femme. Pomponius, dans le texte que nous venons de traduire décide que le père se verra repousser par les exceptions qu'on aurait pu opposer à l'action de la femme seule. Ulpien au contraire, décide que lorsque le père et la fille agissent ensemble, il faut considérer surtout la personne du père et par suite on ne pourra lui opposer que les exceptions qu'on pourrait soulever contre lui, s'il agissait seul. (l. 2. p. *Sol matr.*).

Tel est à notre avis, le seul obstacle qui empêche la femme de se dépouiller pendant le mariage, de sa

créance dotale. Il est bien peu résistant il est vrai car dans bien des cas il disparaîtra, par la mort du père par exemple. Nous croyons donc avoir démontré la fausseté d'une opinion qui soutenait « que la dot se trouvait toujours exister pour la femme lors de la dissolution du mariage, qu'il ne dépendait ni d'elle ni de son mari, ni même de leur commune volonté, que la dot put être consumée pendant le mariage ».

On avait cru trouver la démonstration de cette théorie dans la liaison de ces trois propositions incontestables : 1° la femme ne peut pendant le mariage aliéner sa dot puisqu'elle n'en est pas propriétaire. 2° Le mari, peut à la vérité l'aliéner, mais il n'en reste pas moins débiteur, au regard de sa femme. 3° La dot ne peut être valablement restituée à la femme pendant le mariage et à plus forte raison la femme ne peut-elle pendant ce temps exiger une telle restitution (1).

Ces trois propositions sont en effet certaines; mais elles ne forment pas un réseau tellement serré que la femme ne puisse passer à travers ses mailles; or sa créance contre son mari reste précisément à sa libre disposition sous la double restriction de ne pouvoir faire de libéralités à son mari, ni causer de préjudice à son père: Elle peut déléguer cette créance, à titre onéreux ou gratuit, à un tiers et même s'en servir pour couvrir le crédit de son mari; car, ainsi que nous l'avons démontré, il n'y a là aucune *intestessio* et nous croyons qu'en principe on ne peut dire que le

(1) *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VII, p. 305; article de M. A. d'Hauthuille.

seul fait d'augmenter le crédit de quelqu'un constitue une donation. Sans doute, il est tel cas où une pareille délégation consentie à un créancier du mari constituerait une donation prohibée, car les libéralités faites par personne interposée sont tout aussi bien interdites que les libéralités déguisées : mais ce ne serait là qu'une exception et nous n'avons cherché qu'à poser la règle.

Cet état de choses ne fut point profondément modifié par les innovations de Justinien. Le mari resta maître de disposer de tout ce qui n'était pas le fonds dotal et la femme de renoncer à tout ce qui n'était pas son hypothèque légale sur les immeubles dotaux. Ajoutons qu'en outre, une sécurité sérieuse résulte pour la femme de la donation *propter nuptias*. En effet, d'après Justinien, cette donation sera d'une valeur absolument égale à celle de la dot, et les immeubles qu'elle comprend seront inaliénables, comme les fonds dotaux (nov. 97 et 61).

On a soutenu que ces mesures protectrices imaginées par Justinien, combinées avec celles antérieures du droit ancien, aboutissaient en définitive à frapper d'inaliénabilité entre les mains de la femme la créance en restitution de sa dot mobilière, la seule qui put être compromise, puisque la dot immobilière était frappée, entre les mains du mari, d'inaliénabilité.

Ce système, assez semblable à celui que suit chez nous la jurisprudence de la Cour de Cassation, n'a jamais existé à Rome ; rien ne s'oppose en effet à ce que la femme intervienne à l'aliénation de ses meu-

bles dotaux et ainsi se dépouille valablement de l'hypothèque qui les grevait à son profit.

On réplique que la femme du moins conserve l'hypothèque qu'elle a sur les autres biens du mari. Cela est exact, mais elle peut aussi y renoncer, du moins en tant que cette hypothèque grève les biens personnels, du mari et même les immeubles dotaux estimés ; nous ne reviendrons pas sur cette question que nous avons étudiée plus haut. Quant à la donation *propter nuptias*, le mari est libre de la faire disparaître, lorsqu'elle a été constituée en meubles. En ce qui concerne la dot mobilière, la femme peut donc, à la dissolution du mariage, se trouver créancière de son mari insolvable, ou même avoir abdiqué sa créance, mais quelque fâcheuse que soit sa situation, elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même, car son concours a été nécessaire pour lui faire perdre les garanties que la loi avait mises entre ses mains.

Ajoutons enfin que, par la novelle LXI, Justinien décide que, si le seul consentement de la femme ne suffit pas à valider l'aliénation du fonds dotal, cependant cette aliénation recevra son effet, si la femme, après un délai de deux ans, la confirme, pourvu qu'en outre, elle trouve dans les autres biens du mari une garantie suffisante ; tel est du moins, le sens que nous attachons à ces mots *dum sunt aliæ res ex quibus possibile est ei satisfieri*. Quelle est exactement la nature de cette garantie, c'est ce qu'il serait assez difficile de préciser ; faut-il y voir une

sorte de récompence ou même de remploi, comme semble l'indiquer l'auteur des *Petri Excerptiones legum Romanorum* qui traduit ainsi la pensée de Justinien (*dum de aliis rebus mariti recompensationem habeat*) : l'empereur ne fait-il pas seulement allusion au droit de gage général qu'ont tous les créanciers sur les biens de leur débiteur et alors toute la sécurité accordée à la femme se bornerait à ce que ce droit de gage, particulièrement efficace pour elle à raison de son hypothèque légale, devrait exister en fait sur des biens suffisants et non pas seulement théoriquement. Quoiqu'il en soit, il semble bien que la femme arrivera ainsi à faire en deux étapes ce qu'elle ne pouvait faire en une ; car rien ne s'oppose, à notre estime, à ce qu'elle renonce ensuite à cette garantie en tant du moins qu'elle porte sur des biens mobiliers.

D'après les *Institutes* (lib. II, tit. VIII, *pr.*) comme aussi d'après le Code (l. *unique*, § 15, *de rei uxoriæ act*), la loi Julia contenait relativement au fonds dotal, une seconde disposition fort importante : elle interdisait au mari d'hypothéquer ce fonds, même avec le consentement de la femme.

Ce serait là une mesure de protection d'un caractère nouveau se rapprochant de celle établie par le S. C. Velleïen en ce qu'elle est indépendante de la volonté de la femme, mais s'en éloignant en ce qu'elle n'atteint qu'une certaine catégorie de biens, les immeubles dotaux.

On est à peu près unanime aujourd'hui à reconnaître que Justinien a faussement attribué à la loi

Julia une disposition qui lui est étrangère. Il est certain en effet que cet empereur connaissait fort mal le texte même de la loi Julia, puisque, d'après lui, elle aurait formellement tranché un débat qu'agitaient encore les contemporains de Gaius, le point de savoir s'il fallait appliquer cette loi aux fonds provinciaux (Gaius II, § 63).

Quand on se trompe sur un point, rien ne garantit qu'on ne commet point une erreur sur un autre, et tel est, très probablement, le cas pour notre question. Une première raison de le penser se tire de ce fait, sinon absolument prouvé, du moins presque certain, qu'à l'époque où fut rendue la loi Julia, l'hypothèque était encore inusitée en Italie. Loin d'en être arrivés à la notion toute spiritualiste de l'hypothèque, les Romains ne connaissaient peut-être pas encore le *pignus* proprement dit, contrat par lequel le créancier est mis en possession d'un objet qu'il pourra vendre pour se payer de sa créance sur le prix. Ils en étaient à recourir, toutes les fois qu'un créancier se refusait à faire confiance à la solvabilité de son débiteur, à l'aliénation *contracta fiducia* ; une *mancipatio* ou une *in jure cessio* transférait la propriété du débiteur au créancier, et celui-ci, par un pacte de *fiducie* prenait l'engagement de retransférer cette propriété une fois qu'il aurait été payé. Ce moyen primitif d'établir une garantie réelle au profit d'un créancier, était encore en usage au temps de Gaius et même de l'aul (Gaius II, § 59, 60 et 220 *in fine* Paul Sent. liv. II, tit. XIII, § 1-8) et ce dernier jurisconsulte nous donne même,

au sujet des effets de cette *alinatio contracta fiducia*, des détails qui donnent à penser que celle-ci était fréquemment employée de son temps.

A côté de cet argument négatif, nous en avons un autre, positif celui-là, tiré des *Institutes de Gaius* (II, § 63) et des Sentences de Paul (liv. II, tit. XXI. B. 2.). Tous deux font allusion à la loi Julia et la représentent comme ayant seulement interdit au mari d'aliéner le fonds dotal *invita uxore*. Les rédacteurs des *Institutes* ont reproduit le premier de ces textes en y ajoutant la prohibition relative à l'hypothèque.

La preuve serait donc complète, si un texte de Gaius (l. 4. *de fundo dotali*), n'était venu ajouter à l'obscurité naturelle de cette question. Il nous apprend que la loi Julia a défendu au mari d'hypothéquer ou d'aliéner le fonds dotal (*obligare aut alienare*). Nous venons de traduire le mot *obligare* par hypothéquer : c'est en effet le sens le plus naturel, puisque ce mot désigne l'affectation d'une chose à un créancier, de sorte que celui-ci ait à l'échéance le droit de la vendre pour se payer sur le prix; Justinien prend comme exactement synonymes l'*hypotheca* et l'*obligatio fundi dotalis*.

Pour expliquer ce texte, un premier système le récuse purement et simplement, soutenant que Gaius avait écrit : *ne id marito liceat alienare invita muliere*, et que les commissaires de Justinien, pour le mettre d'accord avec la l. *unic. de rei ux. act.*, ont supprimé les mots *invita muliere*, pour les remplacer par ceux-ci : *aut obligare*. Cette explication a deux

grands mérites : elle est simple et nullement invraisemblable ; en outre, aucune preuve directe ne pourra la convaincre de fausseté.

Un second système, distinguant ici l'*obligatio* du *pignus* et de l'*hypotheca*, y voit une affectation au profit de l'Etat. Cette opinion, soutenue par Bachofen, manque de logique, car si on comprend que la loi interdise au mari l'aliénation de tel immeuble déterminé, comment peut-elle en même temps interdire une affectation qui n'est point le résultat direct de sa volonté et qui frappe en bloc tous ses biens : autant vaudrait défendre au mari de se porter jamais débiteur envers l'État.

— Une troisième opinion estime que le mot *obligare*, bien que placé en première ligne, se référerait à l'idée générale contenue dans *alienare*. Il s'appliquerait précisément à l'aliénation *contracta fiducia*, car la loi Julia prohibait à la fois les aliénations définitives et les aliénations fiduciaires qui n'ont qu'un caractère provisoire. Ce sont ces dernières que désignerait le mot *obligare*.

De ces trois explications, nous préférierions peut-être la première, car, après tout, il est fort douteux que Gaius ait employé une formule qui, de son temps du moins, contenait une hérésie juridique, puisque Justinien lui-même atteste qu'à l'époque classique, l'aliénation et l'hypothèque du fonds dotal n'étaient pas soumises aux mêmes règles. Quel qu'ait été le contexte, il est à peu près impossible que l'expression de Gaius ait été complètement justifiée.

Que résulte-t-il donc de tout cela ? cette constatation que nous n'avons aucun texte de l'époque classique faisant allusion à l'hypothèque du fonds dotal consentie par le mari. Il ne s'ensuit pas pour cela qu'il ait pu, à cette époque, hypothéquer librement le fonds dotal, ou du moins que le consentement de la femme l'ait autorisé à le faire. Les deux textes de Justinien déjà cités suffisent à attester le contraire et la justification que nous allons donner de cette assertion devrait à elle seule nous conduire à découvrir le principe affirmé par cet empereur, si son témoignage nous eût fait complètement défaut.

On se rappelle que la loi Julia défendait au mari d'aliéner seul le fonds dotal et que les édits d'Auguste et de Claude, complétés plus tard par le S. C. Velleïen, défendirent à la femme d'intercéder pour son mari. Or, si on veut combiner ensemble les principes posés par ces différents actes législatifs, on est conduit à déclarer impossible l'hypothèque du fonds dotal.

Le mari ne peut hypothéquer seul le fonds dotal, car l'hypothèque conduit à l'aliénation et on ne peut faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement ; en outre, et ceci est plus topique, la constitution d'une hypothèque est elle-même une aliénation. Que l'on admette ou que l'on rejette l'opinion qui voit dans l'hypothèque un démembrement de la propriété, cela importe peu, ce qui est certain, c'est que l'hypothèque est un droit réel et que la défense d'aliéner un bien, emporte la défense de constituer sur ce bien des droits réels au profit d'un tiers. C'est bien ainsi que

les jurisconsultes interprétèrent l'*Oratio Severi*, lorsqu'ils décidèrent que les *prædia rustica* appartenant à un pupille, ne pouvant être aliénés, ne pouvaient davantage être hypothéqués. L. 1 § 4, *de reb. eor.*). On ne peut douter que la même interprétation n'ait prévalu relativement à la loi Julia, puisque d'autre part, nous voyons les jurisconsultes décider que la loi Julia et le S. C. de Septime Sévère défendaient également toute constitution d'usufruit, de servitude prédiale ou l'abandon d'une servitude active, d'un droit d'usufruit ou d'emphytéose.

Le mari, voulant hypothéquer le fonds dotal, aura donc à demander à sa femme son consentement ; mais aussitôt le S. C. Velleïen arrêtera celle-ci. Comment admettre en effet que, n'ayant pas le droit d'hypothéquer ses biens paraphernaux pour la garantie d'une dette de son mari, elle puisse, dans le même but, autoriser son mari à grever le fonds dotal d'une hypothèque ? Cela est impossible ; dans les deux cas, il y a *intercessio*. J'entends bien que la femme n'est pas propriétaire de la dot et que, par suite, ce n'est pas véritablement *sa* chose qui se trouvera engagée. Cette réponse ne peut être bonne depuis que le législateur de la loi Julia a restreint les droits du mari ; ce qu'il a perdu la femme l'a gagné et son patrimoine s'est dès lors accru d'une valeur, d'un droit tout au moins, soumis aux mêmes règles que le reste. Le jeu des principes nous conduit donc à un résultat négatif, puisque le mari devait demander à sa femme un consentement qu'elle ne pouvait lui donner.

Si maintenant on se rappelle qu'un édit d'Auguste défendait déjà aux femmes d'intercéder pour leurs maris et que la loi Julia fut également promulguée sous Auguste, on comprendra peut-être comment Justinien a pu, lorsque plusieurs siècles s'étaient écoulés, attribuer à la loi Julia la disposition qui a fait l'objet de cette discussion : sans doute, l'expression dont il se sert est inexacte, mais ce qui est vrai, c'est que la loi Julia fut l'un des deux piliers sur lesquels repose tout l'édifice de la prohibition du fonds dotal et que sans elle, le mari eût pu librement l'engager comme garant de sa dette personnelle. La loi Julia intervint donc pour moitié et un édit de date précisément contemporaine fit le reste; dès lors, il était assez naturel que Justinien ait reconnu la loi Julia comme l'auteur unique de la prohibition, alors que l'édit d'Auguste tomba de fort bonne heure dans l'oubli, par suite de la promulgation de l'édit de Claude et du S. C. Velleïen. Il y a donc des excuses très atténuantes en faveur des rédacteurs des Institutes.

Nous arrivons donc, en définitive, à cette conclusion que la femme ne pouvait autoriser son mari à hypothéquer le fonds dotal. Cependant toutes les fois que le consentement donné par la femme à l'hypothèque du fonds dotal ne constitue point une *intercessio*, l'acte sera valable. Si donc l'hypothèque est destinée à garantir une dette de la femme, comme en réalité elle fait sa propre affaire, la prohibition disparaît absolument. Il suffirait même que le tiers

eût été de bonne foi, soit que la femme ait cherché à le tromper par des manœuvres dolosives ou même se soit contentée de laisser le mari le tromper, soit qu'il ait été induit en erreur par les circonstances de la cause, pourvu, bien entendu, que son erreur ne fût pas inexcusable. Un rescrit de l'empereur Alexandre s'exprime ainsi : *Quod si patientiam præstitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem, et ideo tibi non succurratur senatusconsulto; quo infirmitati non callidati mulierum consultum est.* Assurément dans l'espèce de ce rescrit, il s'agissait de biens paraphernaux, mais la même décision devait être donnée relativement à des fonds dotaux.

Il y aurait lieu de reproduire ici tout ce que nous avons dit à propos de la renonciation au S. C. Velleïen ; de même croyons-nous, quoique cela soit controversé, que l'hypothèque serait pleinement valable lorsqu'un acte public constate que la femme a reçu quelque chose pour intervenir on a renouvelé au bout de deux ans son consentement.

La Nouvelle LXI paraît positive en ce sens ; après avoir énoncé que l'aliénation ou l'hypothèque de l'immeuble, compris dans la donation *ante nuptias*, ne sera valable que si une confirmation est intervenue de la part de la femme au bout de deux ans, et que cette confirmation elle-même n'est possible que s'il reste au mari d'autres biens suffisants pour désintéresser la femme, cette nouvelle ajoute que les mêmes règles devront être observées en ce qui con-

cerne l'immeuble compris dans la dot. Ce texte a été diversement interprété, mais la traduction que nous en donnons nous semble la plus naturelle en même temps qu'elle est mienx en rapport avec la pensée de Justinien.

CHAPITRE V

Restitution de la dot entre les mains de la femme et de son père.

Nous avons ainsi terminé notre étude sur les principales garanties et les mesures de protection que la loi ou la convention donnait à la femme mariée ; nous avons vu, et c'était là le seul but que nous nous proposons, comment et dans quels cas la femme pouvait y renoncer et en outre les effets de cette renonciation.

Il y avait cependant une dernière personne dont l'incapacité ou le mauvais vouloir pouvait, tout d'un coup, compromettre l'œuvre si laborieuse de la loi. En effet, lorsqu'à la dissolution du mariage, la veuve est *filiafamilias* l'action en restitution de sa dot est immédiatement transmise de la fille au père, car s'il est naturel que le père acquière par ses enfants, il est impossible que ceux-ci, tant qu'ils sont soumis à la *patria potestas*, possèdent quelque chose en propre.

Mais le père qui reçoit ainsi la restitution de la

dot est peut-être inhabile ou prodigue ; ou même il refusera plus tard de doter de nouveau sa fille avec cette dot qui lui est restituée, car lorsqu'on a ressenti la privation d'une chose, on l'abandonne plus difficilement une seconde fois ; dans les deux cas, l'intérêt public, que les Romains trouvent engagé lorsqu'il s'agit de la dot de la femme, est gravement compromis.

Pour remédier à cette situation, on ne trouva rien de mieux que de donner une entorse nouvelle à cette *patria potestas* qui en avait déjà reçu bien d'autres et comme d'autre part, il y eût eu, du moins, au point de vue romain, un certain danger à confier, à la femme seule, l'administration de la dot après sa restitution, on décida qu'une certaine communauté existerait après la dissolution du mariage entre le père et la fille, relativement aux biens dotaux.

Quelle est au juste la nature de cette *communio dotis*, c'est ce qu'il est assez difficile de déterminer, car les textes se bornent à nous dire que la dot appartient au père et à la fille (*L 2, §. 1, Sol. Matr.*) et Paul ajoute dans loi 3 *eodem* que la dot est commune au père et à la fille, ce qui ne nous avance guère. Ce langage est si nouveau et les jurisconsultes nous y ont si peu habitué, qu'on s'est demandé ce qu'il fallait entendre par cette *communio dotis*. On a essayé de soutenir qu'il n'y a pas là une véritable communauté, et que la dot n'appartient pas au père et à la fille en même temps, mais tantôt à l'un, tantôt à l'autre. Tant que ce droit n'a pas été

transformé en argent par paiement, novation ou litis-contestation, ce droit appartient à la fille et rien qu'à la fille. Mais ce même droit dès qu'il aura été réalisé entrera dans le patrimoine du père de famille et n'appartiendra plus qu'à lui seul.

Cette opinion est-elle très exacte, c'est ce dont il est permis de douter ; car d'une part, la fille ne peut intenter seule l'action en restitution, et le père, une fois cette action intentée et terminée, ne pourra recevoir seul le paiement. Sans doute, j'entends bien que la dot une fois restituée devient le patrimoine exclusif du père, mais c'est précisément pour l'époque qui précède ce paiement que les textes nous parlent de *communio dotis* et dès lors je me demande ce que devient cette idée d'une propriété successive, car, à aucun moment l'un ou l'autre ne peut se comporter en maître et agir seul. D'ailleurs l'expression de *communio* désignerait bien mal une pareille situation juridique.

Quoi qu'il en soit, et c'est là seulement le point que nous voulions mettre en lumière, la femme trouve dans cette communauté une protection précieuse contre elle-même et contre son père ; en effet, elle ne peut intenter l'action en restitution sans le consentement de son père, et réciproquement. Il convient même de remarquer qu'il ne suffit point d'un consentement quelconque ; il faut en effet que celui-ci soit donné au moment de la *litiscontestatio*, et il importerait peu qu'il eût existé auparavant, s'il avait été retracté à ce moment. « Si donc, nous dit Ulpien,

la fille déclare qu'elle consent et qu'ensuite elle change de décision avant la *litiscontestatio*, ou soit émancipée, le père agira en vain. » (L. 22, § 5. *Sol Matr.*)

La présence du magistrat garantit que ce consentement n'a pas été arraché par *verecundia* et cette garantie semblait en effet nécessaire pour contrebalancer l'autorité paternelle, si forte chez les Romains. On voit immédiatement comment ces formalités protègent la dot de la femme contre les prodigalités du père, car la fille, qui a de justes motifs de craindre que sa dot ne soit dissipée, refusera son acquiescement ou ne le donnera qu'en échange de garanties et de sûretés fournies. Bien plus, le magistrat pourrait de sa seule autorité, refuser de délivrer la formule au père, lorsqu'il a de justes raisons de se méfier de lui. Ajoutons d'ailleurs que s'il y a pour la femme impossibilité de consentir pour cause de démence, par exemple, ou si elle se cache uniquement pour ne pas être obligée de donner un consentement qu'elle n'a aucune bonne raison pour refuser, l'action pourra être intentée par le père seul (l. 2, § 2 et 22, § 6 *eodem*).

Tout ce que nous venons de dire, relativement à la fille, devrait être répété à propos du père, lorsque c'est elle qui intente l'action. D'ailleurs il importe peu que ce consentement soit exprès ou tacite : on discute cependant la question de savoir s'il doit être positif ou s'il suffit d'une absence de contradiction. Un rescrit d'Antonin trancha le débat dans ce dernier

sens ; et cependant avec la logique qui caractérise les juriconsultes romains, on exigeait de celui qui intentait l'action la *cautio de rato* lorsque son co-ayant-droit était absent, car, ainsi que le remarque fort justement Ulpien, l'absence de contradiction n'implique consentement que s'il y a connaissance (l. 2, § 2).

Enfin la fille n'a pas irrévocablement abandonné son droit, lorsqu'elle a, devant le magistrat, autorisé son père à intenter l'action, pas plus que le père n'a définitivement épuisé son droit de protection sur sa fille lorsqu'il l'a autorisée à agir seule ; Paul nous dit que le consentement des deux parties doit encore exister au moment du paiement ; s'il en était autrement le mari pourrait être obligé de restituer une seconde fois (l. 3 *eodem*) à moins cependant que l'argent reçu par la fille ne fût entré ensuite dans le patrimoine du père.

On le voit, la législation romaine, même sous Justinien, n'a jamais, pour protéger la femme mariée, eu recours à des interdictions formelles ou à des défenses inéluctables : la femme peut toujours renoncer aux protections dont la loi l'entoure. Sans doute, le législateur prend des précautions et désire s'assurer de la liberté de ce consentement de la femme : tantôt il décide que la ratification ne pourra intervenir qu'après l'expiration d'un certain délai (deux années par exemple), tantôt il exige un acte

authentique. Mais en définitive, le dernier mot reste encore à la femme qui peut toujours faire prévaloir sa volonté.

Après tout, cela est légitime, puisque le législateur a multiplié les avertissements et pris des mesures pour que cette volonté soit éclairée et réfléchie.

DROIT FRANÇAIS

DE LA

RENONCIATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

PAR LA FEMME DU VENDEUR

LOI DES 13-15 FÉVRIER 1889

Loi du 13-15 février 1889 sur les renonciations à l'hypothèque légale de la femme au profit des tiers acquéreurs.

« ARTICLE UNIQUE. — Il sera ajouté à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 une disposition ainsi conçue :

« La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, en emporte l'extinction et vaut purge à partir, soit de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct.

« Dans tous les cas, cette renonciation n'est valable

et ne produit les effets ci-dessus, que si elle est contenue dans un acte authentique.

« En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation, que si elle stipule soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari.

« Toutefois la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé de son consentement et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires.

« Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle du prix, emportemême, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang : mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe premier du présent article.

« Les dispositions qui précèdent sont applicables à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion ».

INTRODUCTION

Notre ancienne jurisprudence française admit presque universellement une hypothèque légale au profit de la femme mariée ; mais cette hypothèque n'était point privilégiée, c'est-à-dire qu'elle ne primait pas les hypothèques constituées antérieurement à sa naissance. Lorsque les futurs conjoints avaient fait un contrat de mariage notarié, la garantie qui était accordée à la femme n'avait rien de particulier, puisque les actes notariés avaient, par eux-mêmes, pour conséquence directe et immédiate de conférer une hypothèque générale au profit du créancier. En ce cas donc, la femme ne bénéficiait d'aucune faveur spéciale. Il en était autrement lorsqu'aucun contrat n'avait précédé l'union des époux ; alors l'hypothèque dont jouissait la femme était dite tacite, parce qu'elle résultait, sans aucun titre, de la loi seule ; cette différence d'origine se traduisait pratiquement en une différence de rang, car, dans ce dernier cas, l'hypothèque légale ne prenait rang qu'au jour de la célébration du mariage.

L'art. 17 de la loi du 9 messidor an III, supprima

toutes les hypothèques tacites, mais cette loi, suspendue par divers décrets postérieurs, ne reçut jamais d'application pratique et on peut dire que l'hypothèque de la femme subsista sans interruption pendant le droit intermédiaire. On sait comment le législateur de 1804, justement préoccupé de l'état de dépendance où se trouve la femme, pendant la durée du mariage, et de son ignorance des formalités légales, ne fit dépendre l'existence et le rang de cette hypothèque d'aucune publicité, abandonnant ainsi le principe dont la loi du 11 brumaire, an VII, avait consacré l'application générale.

Aux termes des art. 2121 et 2135 C. civ., la femme mariée a, sur tous les immeubles présents et à venir de son mari, une hypothèque légale qui garantit la restitution de sa dot et l'exécution des conventions matrimoniales, ainsi que le remboursement des sommes reçues par le mari et provenant de successions échues à la femme ou de donations à elle faites ; cette hypothèque assure en outre à la femme l'indemnité des dettes qu'elle a contractées pour le compte de son conjoint et le remploi de ses propres aliénés. Cette énumération n'est pas limitative, car toutes les fois que le mari tire, du patrimoine de sa femme, un enrichissement quelconque, direct ou indirect, l'hypothèque légale est la gardienne vigilante chargée, par le législateur, de veiller à ce que les intérêts de la femme ne soient définitivement compromis et sacrifiés que si elle-même a renoncé à cette ressource suprême.

On comprend qu'on ne peut accorder une protection si étendue à un incapable, sans porter une atteinte sérieuse à la fortune de celui qui en ressent le contre-coup. Cette hypothèque grevant tous les immeubles du mari et garantissant des créances indéterminées et indéfinies pèse lourdement sur son crédit et rend ses immeubles difficilement aliénables.

L'atteinte portée au crédit du mari était encore plus grande, dans notre ancien droit, qu'elle ne l'est aujourd'hui, car Pothier nous apprend que la « jurisprudence accordait à la femme hypothèque du jour du contrat de mariage, pour l'indemnité qui lui était due des dettes auxquelles elle s'était obligée durant la communauté ».

Lebrun rapporte plusieurs arrêts qui ont établi cette jurisprudence et il atteste qu'elle ne fut plus contestée depuis un arrêt du 5 juillet 1681. Pour justifier cette jurisprudence, les jurisconsultes avaient découvert le moyen suivant : on disait qu'un homme, en se mariant, contracte avec sa femme l'obligation de lui restituer sa dot franchement, après la dissolution de la communauté : or cette obligation de lui restituer sa dot *franchement* renferme évidemment celle d'indemniser la femme de toutes les dettes et de tous les engagements, dont l'effet pouvait entamer cette dot. Il était donc, dans notre ancien droit, au moins aussi difficile qu'aujourd'hui à un créancier, à qui le mari consentait une hypothèque, de connaître au juste la valeur réelle de la garantie qu'il recevait.

Aussi trouva-t-on de bonne heure le moyen de remédier à des inconvénients dont la gravité allait à l'encontre des intérêts mêmes qu'on avait voulu protéger. Le sous-ordre vint au secours des praticiens de notre ancien droit, en permettant aux créanciers, subrogés à l'hypothèque légale, d'intervenir à l'ordre ouvert, sur le prix de l'immeuble saisi, et de se faire colloquer suivant leur rang, au lieu et place de la femme.

Quelques jurisconsultes objectaient avec beaucoup de raison qu'une somme d'argent étant une chose mobilière, et par conséquent non susceptible d'hypothèque, ne pouvait être distribuée entre les créanciers de la femme, qu'au marc la livre de leurs créances et non point par ordre d'hypothèque. « La réponse est que, nous dit Pothier, si les créanciers de ce créancier ne s'étaient pourvus que depuis le décret par saisie et arrêt de la somme pour laquelle il a été colloqué, cette somme se distribuerait effectivement comme une chose mobilière, au marc la livre, entre eux tous; mais s'étant opposés au décret de l'héritage, pour venir en sous-ordre de la somme pour laquelle leur débiteur commun serait colloqué, c'est le droit d'hypothèque qu'avait leur débiteur commun à l'héritage saisi, qu'ils ont saisi, un droit dans l'héritage, un droit par conséquent immobilier; c'est par cette raison qu'ils doivent venir par ordre d'hypothèque, suivant la règle : *Pignus pignori dari potest*.

Le Code civil aurait-il laissé passer cette subtilité juridique, cela est fort douteux, ce qui est certain,

c'est que l'article 775 C. Pr. civ. interdit formellement le sous-ordre. Mais le besoin auquel répondait cette pratique était trop réel pour qu'on ne cherchât point un moyen nouveau de le satisfaire. On le trouva dans la subrogation ; au lieu d'hypothéquer son hypothèque, la femme la cède, elle y subroge. Ce procédé, définitivement consacré par le décret du 20 février 1852 sur les Sociétés de crédit foncier et la loi du 23 mars 1855, est entré aujourd'hui dans la pratique journalière des affaires et sa légitimité n'est plus contestée.

Cette remarque est importante, car il n'y avait aucune raison pour prohiber en faveur des acquéreurs d'immeubles du mari, les subrogations que l'on autorisait en faveur de ses créanciers, puisque dans les deux cas la femme s'expose à un égal danger.

Aussi bien notre ancien droit nous montre-t-il déjà des femmes, renonçant à leur hypothèque en faveur d'un acquéreur des biens de leurs maris. Si l'on songe que les créances garanties par l'hypothèque légale sont le plus souvent indéterminées et parfois même conditionnelles, on aperçoit immédiatement combien il est avantageux que la femme puisse renoncer spontanément à son hypothèque légale. Autrement la purge serait inévitable ; l'acquéreur ne connaît jamais, d'une manière certaine, la quotité de la créance de la femme, il n'a donc pas la ressource de lui offrir de la désintéresser, ainsi qu'il le ferait avec tout autre créancier hypothécaire ; or, la purge

légale entraîne à des formalités longues et coûteuses et plus d'un acquéreur hésite à en avancer les frais. Il hésite d'autant plus que s'il s'agit d'un immeuble de minime valeur, le plus souvent, la purge ne fait apparaître aucune inscription, la femme se disant de son côté que le prix est si minime qu'elle toucherait à peine de quoi payer les frais d'inscription et de main-levée ; d'ailleurs l'acheteur se rappelle que les frais s'élèvent à un taux dont la proportion est considérablement accrue pour les ventes de peu d'importance. Je pense qu'il n'est pas besoin d'en ajouter davantage pour expliquer comment dans les 800.000 ventes annuelles dont le prix ne dépasse pas 200 francs, la purge est véritablement pour les acheteurs un remède pire que le mal et comment il faut de toute nécessité que la femme puisse venir, par son concours à la vente, les décharger du droit réel qui s'oppose à la consolidation définitive de leur droit de propriété.

J'ai dit qu'il importait peu à la femme de renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un acquéreur ou en faveur d'un créancier ; il n'en faudrait cependant pas conclure que le premier se proposât le même but que le second ; il y a, au contraire, entre les résultats que tous deux attendent de cette renonciation, des différences fondamentales, trop souvent méconnues par quelques auteurs et qu'il importe de préciser au début de cette étude.

Lorsqu'un créancier du mari demande à être subrogé dans l'hypothèque légale de la femme, il est

clair que son but est complètement atteint, si, grâce à cette subrogation, il a la certitude d'être payé à l'échéance. Il n'a point d'autre visée et il lui importe peu que la femme puisse le lendemain subroger dans ses droits un autre créancier, protégé par l'inscription prise à son profit, il estime qu'un nombre indéfini de créanciers pourraient être successivement subrogés sur le même immeuble sans qu'il en éprouvât personnellement le moindre préjudice. Aussi la cession, qui lui a été consentie, ne fait-elle que diminuer le droit de la femme, sans l'épuiser jamais, car ce qu'il veut, c'est bien moins dépouiller la femme d'un droit, que s'investir lui-même d'une partie du sien.

Au contraire la subrogation que réclame un acquéreur pour être en sécurité complète, est toute différente ; lui aussi, à la vérité, il ne demande qu'une garantie, mais il se trouve, et c'est là le point fondamental, que cette garantie ne sera pleinement efficace, que si la femme a du même coup *et ipso facto*, épuisé à jamais son droit de subrogation sur l'immeuble vendu. Il ne lui suffit plus, comme au simple créancier, d'être assuré de rentrer dans son prix d'achat, au cas où un créancier postérieurement subrogé le poursuivrait hypothécairement, il lui faut la certitude que l'immeuble ne lui sera jamais enlevé. Il faut à l'acheteur l'assurance absolue de ne jamais être évincé et le simple remboursement de son prix au cas d'éviction est pour lui une garantie insuffisante ; il est fort bien d'être indemnisé, par-

tiellement au moins, en cas d'éviction, mais il est mieux encore de ne jamais être évincé. Si tel est le but que se propose l'acquéreur, on voit aussitôt que ce but ne peut être atteint que si la femme, après avoir subrogé l'acquéreur à son hypothèque légale, est mise hors d'état de consentir jamais de nouvelles subrogations sur l'immeuble vendu.

Ainsi, arracher à la femme cette arme redoutable qui était pour sa propriété une perpétuelle menace, telle est la première pensée de tout acquéreur ; mais, tout commé le général qui, tantôt se contente de détruire les armements et les munitions de l'ennemi, et tantôt les emploie à sa propre défense, il est certaines hypothèses où il lui est utile de se servir à son tour de l'hypothèque de la femme, pour conjurer les résultats désastreux d'une poursuite hypothécaire. Le plus souvent, il suffit à l'acquéreur d'éteindre l'hypothèque légale ; l'immeuble n'est grevé d'aucune autre hypothèque, ou, ce qui revient au même, il a employé son prix à l'en dégrever : parfois cependant l'immeuble est frappé de plusieurs hypothèques, consenties par le mari vendeur, et, soit par insouciance, soit par ignorance, soit enfin par impossibilité, l'acquéreur n'a pas employé son prix à désintéresser les créanciers inscrits ; dans ce cas, l'hypothèque légale de la femme lui offre une ressource précieuse, car, si nous la supposons première en rang, ainsi que cela arrive d'ordinaire, l'acquéreur paralysera avec elle l'action des créanciers inscrits. Sans doute leur droit subsiste dans son intégrité, mais le plus

souvent, tout se passera en fait comme s'il n'existait plus, car on ne s'embarrasse pas volontiers des tracasseries d'une procédure compliquée, pour le simple plaisir de combiner des principes juridiques : ce qu'il faut à ces créanciers hypothécaires, ce sont de bons écus sonnants, or il y a beaucoup à parier qu'ils attendront longtemps avant d'être satisfaits, si l'acquéreur doit, au préalable, être remboursé de son prix d'acquisition.

On voit par là combien la subrogation consentie à un acquéreur diffère de celle consentie à un créancier ; la femme, après avoir subrogé le premier, ne doit plus conserver aucun droit sur l'immeuble vendu, en tant du moins que l'exercice de ce droit serait préjudiciable au subrogé ; en outre, la plupart du temps, il suffit à l'acquéreur d'éteindre l'hypothèque de la femme et ce n'est qu'accidentellement qu'il trouve avantage à s'en servir lui-même : dans le premier cas, on dit que la renonciation est extinctive, dans le second, subrogative ou investitive ; nous aurons à préciser les hypothèses où le choix de l'acquéreur inclinera de préférence vers l'une ou vers l'autre. Il nous semble, après cela, qu'on a eu tort d'assimiler complètement, comme on l'a fait trop souvent, la situation d'un acquéreur subrogé à celle d'un créancier subrogé : les moyens employés sont apparemment les mêmes, au fond, les deux situations diffèrent entre elles autant qu'il est possible.

Se garantir contre l'hypothèque légale de la femme et au besoin s'en servir pour paralyser l'action des créanciers hypothécaires, tel est le double but que

peut se proposer un acquéreur qui achète un immeuble à un mari. Notre tâche consistera à étudier les conditions et les formalités à observer pour parvenir à ce résultat ; nous envisagerons à la fois la législation actuelle, telle qu'elle résulte de la loi du 13 février 1889, et la législation antérieure qui, par le laconisme même de ses dispositions, a soulevé des difficultés inextricables dans la jurisprudence et dans la doctrine ; peut-être serons-nous amenés à constater que le législateur de 1889, se laissant entraîner par des considérations de fait, n'a pas toujours eu un soin suffisant de mettre son œuvre en harmonie avec celle de ses prédécesseurs.

Nous devons faire remarquer, que dans toute la discussion qui va suivre, nous supposerons la femme mariée capable de renoncer à son hypothèque légale ; l'étude de cette question de capacité nous placerait en dehors de notre cadre et nous entraînerait en dehors des limites de notre sujet. On sait cependant combien la stipulation du régime dotal influence puissamment le pouvoir de la femme de renoncer à son hypothèque légale, surtout dans le système de la jurisprudence qui, admettant l'inaliénabilité de la dot mobilière, lui défend de se dépouiller, soit par voie de renonciation directe ou indirecte (Cassation, 6 déc. 1882, Sir. 84, l. 27), soit par voie de cession, soit par voie de subrogation, de l'hypothèque légale qui garantit la restitution de cette dot (Nîmes, 11 janvier 1882, Sir. 82, 2, 137, Cass. 3 déc. 1883, Sir. 84, l. 232).

Si l'on admet, avec la doctrine, que la dot mobilière est aliénable, on décidera au contraire que la femme peut renoncer, en faveur de l'acquéreur, à l'hypothèque qui en garantit la restitution. Toutefois on sait que Troplong, bien que partisan de l'aliénabilité, soutient que l'hypothèque ne peut être cédée et que, par conséquent, la femme ne saurait y renoncer en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari, parce que, dit-il « l'hypothèque est un *jus in re*, un démembrement de la propriété, c'est un immeuble : les immeubles dotaux sont inaliénables » (1). Cette argumentation est peu probante, car quelque controversée que soit la question qui s'élève sur la nature de l'hypothèque, il est certain que cette dernière est un droit accessoire qui participe forcément de la nature de la créance qui est le *droit principal* et qu'elle suit la destinée du droit sur lequel elle s'appuie.

(1) Contrat de mariage n° 3,263.

CHAPITRE PREMIER

Consentement de la femme

Avant la loi de 1855, c'est-à-dire sous l'empire du Code civil, la doctrine et la jurisprudence admettaient que la femme pouvait renoncer, en une forme quelconque, à son hypothèque légale, en faveur de l'acquéreur d'un immeuble de son mari. Il n'y eut pas même, sur ce point, les tiraillements et les doutes qui se manifestèrent au sujet des renonciations consenties en faveur d'un créancier. Personne ne soutint que les articles 2140 et 2144 s'opposaient à cette pratique, car ces articles ne prévoient que la restriction à l'hypothèque légale, intervenant en faveur du mari, et il s'agissait ici d'une subrogation en faveur de l'acquéreur. Sans doute le mari profite bien indirectement des avantages concédés à son acheteur, mais celui-ci a un intérêt distinct; lorsqu'il demande à la femme de renoncer à son hypothèque, il agit pour lui-même et il retirera personnellement les principaux avantages de cette renonciation qu'il sollicite; dès

lors on ne pouvait hésiter à soustraire l'opération aux formalités de l'article 2144 C. C.

La jurisprudence admettait, avec raison, qu'aucune forme n'était imposée à la manifestation du consentement de la femme et qu'il importait peu que cette renonciation intervînt dans un acte authentique ou dans un écrit sous seing privé, qu'elle fût expresse ou tacite : « attendu en droit, affirmait la Cour de Cassation par son arrêt du 24 janvier 1838, que la faculté, qui appartient incontestablement à tout créancier de subroger un tiers dans les droits qu'il peut exercer contre son débiteur, n'est sous le régime de communauté, interdite à la femme, quant à son hypothèque légale, par aucune disposition de loi : que cette subrogation donne au subrogé, le droit de se présenter dans l'instance d'ordre et de distribution du prix des biens du mari, pour y exercer les actions de sa cédante ; que du reste l'existence et la validité de ces cessions ou subrogations dépendent toujours d'une vérification de faits et de conventions dont les Cours royales sont souverainement appréciatrices, parce que les formes n'en sont spécialement déterminées par aucune loi » (1)

La renonciation de la femme à son hypothèque légale résultait donc aussi bien d'un engagement solidaire contracté par elle, lorsqu'elle se déclarait covenderesse, que de sa simple signature à l'acte de vente ou de donation, ou, en cas d'inscription

(1) Sic. Metz 13 juillet 1820 ; Lyon 28 août 1837. S. 57. 2, 671.

préalable de son hypothèque, de la mainlevée qu'elle donnait avec désistement de son droit.

« Le débiteur, disait Pothier, n'ayant pas besoin du consentement de son créancier, pour aliéner ses héritages, avec la charge des hypothèques, le consentement du créancier ne peut paraître requis et donné pour une autre fin que pour remettre son hypothèque. »

Certains auteurs, il est vrai, avaient soutenu que le Code interdisait la renonciation tacite à un droit d'hypothèque. Ils s'appuyaient sur l'art. 621 C. civ. qui décide que l'usufruitier qui consent à l'aliénation de la chose sur laquelle son droit est établi, le conserve néanmoins, s'il n'a formellement déclaré y renoncer. Le décret du 9 avril 1852 sembla plus tard favoriser cette thèse, car malgré les graves atteintes qu'il portait aux garanties de la femme, il n'admettait point pourtant les renonciations tacites.

Malgré ces arguments, la validité des renonciations tacites au droit d'hypothèque prévalut et il ne pouvait en être autrement, car cette solution est seule conforme au principe de la liberté des conventions et le législateur de 1804 n'avait pas reproduit l'art. 10 de la loi de messidor an III, qui proscrivait les renonciations tacites. L'art. 621 C. civ. ne fournissait qu'un argument assez faible, car la renonciation à l'usufruit se traduit en une véritable donation et les libéralités ne se présument pas. Quant à la décision du décret du 9 avril 1852, elle se légitimait d'une part par le désir de protéger la

femme dans une circonstance où la situation spéciale de la partie co-contractante rendait cette protection particulièrement précieuse, et d'autre part, par la volonté de soustraire le Crédit Foncier aux incertitudes et aux difficultés d'interprétation, qui sont parfois la conséquence des renonciations tacites.

Vint la loi de 1855 qui, dans son article 9, déclara que « dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique ».

Un premier système souligna que l'article 9, par la généralité même de ses termes, était certainement applicable aux renonciations qui intervenaient en faveur de l'acquéreur, sans distinction entre les renonciations extinctives et les renonciations subrogatives ; il n'y a pas, disait-on, de base à une distinction sérieuse dans ce fait que la femme, au lieu de se trouver en présence d'un créancier, se trouve en présence d'un acquéreur, car il s'agit de protéger la femme et par suite, c'est elle seule qu'il faut considérer. Quel que soit le bénéficiaire, il y a intérêt à la protéger contre des renonciations imprudentes qui sont, dans les deux cas, également dangereuses et quand il s'agit de défendre un incapable, on n'a pas coutume de s'attacher aux personnes avec lesquelles il contracte ; on considère seulement l'opération en elle-même ; si celle-ci est reconnue comme pouvant être préjudiciable, on l'entoure de formalités sans s'inquiéter de la situation du cocontractant.

Vainement, objectait-on que la femme peut, par

acte sous seing privé, contracter des obligations autrement onéreuses et autrement graves, et que, pouvant le plus elle devait pouvoir le moins. Cet argument touchait peu les partisans de ce système, car ils répondaient que la question était précisément de savoir si le législateur n'avait pas accordé une capacité si étendue à la femme, que dans la pensée de lui ménager cette ressource suprême destinée à conjurer à elle seule toutes les fautes et toutes les imprudences : sorte de *Deus ex machinâ* de notre droit moderne.

Une seconde opinion différait quelque peu de la précédente en acceptant exceptionnellement la renonciation par acte sous seing privé, au cas où la femme se portait covenderesse. « Considérant, disait la Cour de Lyon, dans son arrêt du 6 mars 1880, qu'évidemment la loi permettant la vente, même par acte sous seing privé et la vente ayant pour conséquence la garantie de la part du vendeur vis-à-vis de l'acquéreur, l'hypothèque légale ne pourrait plus produire effet au regard de cet acquéreur. »

Cette brèche, pour étroite qu'elle soit, nous semble enlever à ce second système le caractère de rigoureuse logique qui distinguait le premier. En outre, il eût été parfois difficile de déterminer les cas où la femme avait véritablement joué le rôle de covenderesse. Si l'on décide que la femme qui intervient dans la vente d'un immeuble propre au mari et qui s'oblige solidairement est une covenderesse, la prescription de l'article 9 sera facilement éludée. « La

femme qui s'oblige à garantir, renonce à évincer; elle renonce implicitement à son hypothèque légale et contracte en même temps une obligation beaucoup plus étendue et plus onéreuse. Cette fois encore, la protection inconsidérée du législateur se retournera contre la femme mariée (1). »

Une troisième opinion distinguait entre les renonciations extinctives et les renonciations investitives. Les dernières, d'après cette opinion, « rentraient incontestablement dans les termes de l'article 9 de la loi de 1855 »; en effet la nécessité de protéger la femme et de donner un acte authentique comme base à l'inscription militait en faveur de cette solution que recommandait également une certaine analogie avec l'article 2.127. Au contraire, lorsque la renonciation était purement extinctive, un acte sous seing privé suffisait; il serait difficile, en effet, de ne pas admettre que dans tous les cas la femme pourrait, en se portant garante de la vente de l'immeuble, fût-ce par acte sous seing privé, s'interdire le droit d'invoquer son hypothèque au préjudice de l'acquéreur. Et cela admis, comment ne pourrait-elle pas faire directement, sans observer plus de formalités, ce qu'elle peut faire indirectement » (2).

Ce système avait à notre sens au moins un avantage, celui de dispenser dans bien des cas, les parties contractantes de frais et de formalités inutiles; mais cette supériorité pratique était compensée par

(1) *Revue critique* 1881, p. 341, article de M. Labbé

(2) Note de M. Bufnoir, sous Cass. 22 nov. 1830. S. 81, t. 473.

un inconvénient grave ; comme il n'est pas toujours aisé de savoir si la renonciation a été extinctive ou subrogative, il se trouvait que parfois la validité de l'opération dépendait d'une question d'interprétation de la volonté des parties.

On dira qu'on a pour connaître la volonté des parties un criterium facile, puisque, dans les deux cas, la situation de la femme reste la même ; on s'attachera uniquement à l'intérêt de l'acquéreur en décidant que la subrogation la plus avantageuse pour lui est certainement celle que les parties ont visée.

Il nous semble que ce criterium empirique n'a qu'une valeur très limitée, témoin l'espèce suivante qui nous est fournie par la jurisprudence. Le 10 octobre 1817, les époux Hubert vendirent solidairement au sieur Mazure, plusieurs pièces de terre, pour un prix total de 42.000 francs ; Mazure paya comptant et s'aperçut ensuite que son bien était grevé d'hypothèques ; il voulut donc purger et fit les notifications d'usage, il fit même, chose curieuse, les démarches prescrites par l'art. 2194 C. Civ. pour purger son immeuble de l'hypothèque légale de la femme Hubert, déposa son contrat au greffe, signifia ce dépôt au procureur du roi et fit afficher ce contrat dans l'auditoire du tribunal ; en un mot, la purge légale eût été régulière si Mazure, par une erreur providentielle, n'eût oublié que l'avis du Conseil d'Etat du 1^{er} juin 1807 n'était applicable qu'au cas où l'acquéreur ne connaît point en fait le domicile de la femme, car la Cour de cassation a décidé avec rai-

son, qu'au cas où il le connaît, la publicité par les journaux ne peut remplacer la notification à domicile. La Cour de cassation profita de cette irrégularité pour décider que l'hypothèque de la femme n'était point éteinte et que par suite, l'acquéreur, subrogé tacitement, devait avoir le même droit qu'elle. Il semble pourtant que Mazure avait manifesté, d'une manière non équivoque, son intention de ne pas considérer l'hypothèque de la femme comme lui ayant été tacitement cédée par le contrat de vente. Sans doute, il s'était trompé sur son intérêt, mais du moins nous semble-t-il que son intention avait été manifestée de la manière la plus formelle.

En outre, on arrive en fait à léser les intérêts de l'acquéreur, en prétendant ne prendre que son intérêt même pour guide dans l'interprétation de sa volonté. Supposons que l'immeuble soit au moment de la vente grevé d'hypothèques consenties par le mari; dans ce cas, une renonciation subrogative paraît plus conforme à l'intérêt de l'acheteur et cependant ne voit-on pas que si la renonciation de la femme est contenue dans un acte sous seing privé on est amené à annuler cette renonciation, comme n'ayant pas été faite par acte authentique.

La pratique nous offre plusieurs exemples de cette nature; à plusieurs reprises des tribunaux, estimant que dans l'espèce l'acquéreur avait plus d'intérêt à être investi de l'hypothèque de la femme, qu'à l'éteindre d'une manière absolue, ont annulé des renonciations, faites par acte sous seing privé

qui eussent peut-être été reconnues valides, si on se fût borné à les considérer comme extinctives, car nous verrons plus loin que la Cour de cassation n'a jamais eu à décider si les renonciations extinctives devaient être faites en la forme authentique. Il y a, à côté de l'intérêt des parties, une autre règle d'interprétation, c'est celle qui décide que les actes doivent être interprétés *magis ut valeant, quam ut pereant*. Il n'est pas vraisemblable que les parties en contractant ne se soient pas proposé d'atteindre un but déterminé et il n'y a au contraire rien d'extraordinaire à ce que l'acquéreur, quoique ayant intérêt à obtenir davantage, se contente d'une renonciation extinctive qui lui offre déjà de précieux avantages (1).

Outre ses inconvénients pratiques, cette troisième opinion nous paraît contrevenir gravement à la logique ; après avoir déclaré que la nécessité de protéger la femme exige que la renonciation investitive intervienne dans un acte authentique, même en faveur de l'acquéreur, on nous paraît faire bon marché de cette protection qu'on vient de déclarer indispensable, lorsque, quelques instants plus tard on se contente d'un acte sous seing privé, au cas de renonciation extinctive. Où est en vérité la raison de distinguer, en quoi l'une est-elle moins préjudiciable à la femme que l'autre ? et comme il nous semble que le premier système, avec sa logique rigoureuse, a facilement raison de ces arrangements

(1) M. Bufnoir, loc. cit.

bâtards. On invoque l'impossibilité où l'on est de défendre à la femme de se porter, par acte sous seing privé, garante de la vente de l'immeuble, mais en premier lieu on pourrait alléguer la même raison au cas de renonciation investitive, car, encore une fois, la situation de la femme n'est pas modifiée et il y a dans les deux cas le même intérêt à permettre la vente par acte sous signature privée : encore une fois l'intérêt de la femme est aussi gravement atteint dans la renonciation extinctive que dans la renonciation subrogative, et c'est le seul point à considérer lorsqu'il s'agit de la protection d'un incapable.

Que reste-t-il donc aux partisans de cette opinion, pour soutenir que la renonciation subrogative doit nécessairement être faite par acte authentique ? Uniquement ceci, à savoir qu'une inscription doit être prise et qu'elle ne peut l'être sur la seule production d'un acte sous seing privé. Eh bien ! cette base même nous paraît leur faire défaut, car d'une part nous ne croyons pas qu'aucune inscription était nécessaire, et d'autre part il resterait à démontrer qu'une inscription hypothécaire, alors qu'elle n'est plus constitutive en quelque sorte de l'hypothèque, mais uniquement la publication d'un droit ayant, en dehors de toute inscription, une existence propre, doit inévitablement reposer sur un acte authentique.

Aussi, pour toutes ces raisons, n'hésitons-nous pas à nous rattacher à un quatrième système, timidement soutenu, il est vrai, dans la doctrine, mais qui, cependant, nous paraît répondre le mieux aux légitimes

exigences de la pratique et de la logique. Nous pensons qu'avant la loi de 1889, la femme pouvait renoncer à son hypothèque en faveur d'un acquéreur, sans recourir aux formalités de l'acte authentique. Il nous semble que cette opinion trouve dans le droit commun et les principes généraux une base inébranlable.

Nous croyons que M. Amiaud (1) a démontré jusqu'à l'évidence, que l'article 9 de la loi de 1855 ne devait pas englober dans ses termes les tiers acquéreurs. Les Cours et les Facultés ont dans leurs réclamations *formellement* et *nommément* exclu l'acquéreur en proclamant une exception à son bénéfice, et la Faculté de Paris disait dans son rapport : « Les tiers qui achètent des immeubles du mari, exigent aussi presque toujours le concours de la femme dans les actes de vente, ce qui fait évanouir l'hypothèque dispensée d'inscription et délivre l'acheteur des embarras et des frais de la purge légale (2). »

Je sais bien que pour beaucoup la preuve n'est pas complète, mais l'opinion adverse n'a pas davantage démontré que la loi de 1855 visât dans son art. 9, l'acquéreur d'immeubles du mari. Or, tant que cette démonstration n'était point faite, on restait sous l'empire du Code civil qui, incontestablement, admettait la validité de l'acte sous seing privé.

La loi du 13 fév. 1889 est venue trancher ce débat en décidant que « dans tous les cas, cette renonciation (à l'hypothèque légale), n'est valable et ne produit

(1) Amiaud, *Revue pratique*, t. XXVII, p. 58.

(2) Documents hypothécaires, t. II, p. 446.

les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un acte authentique ».

Le principe de l'authenticité, accepté d'abord par la Chambre des députés, ne fut pas admis par le Sénat sans une vive résistance ; repoussé une première fois par la Commission sénatoriale, il ne fut, plus tard, admis que sur un amendement de M. Léon Renault qui insista en faveur de son adoption.

L'hésitation de la chambre haute n'a pas lieu de nous surprendre : en fait, il est certain que les renonciations à l'hypothèque légale sont presque toujours contenues dans l'acte même de vente et dès lors n'y avait-il pas de graves inconvénients à soumettre à la formalité de l'authenticité toutes les ventes immobilières, même les moins importantes ? Cette raison avait autrefois particulièrement impressionné la Cour de Dijon qui, dans son arrêt du 4 août 1880, avait admis la validité d'une renonciation, par acte sous seing privé, en se basant principalement sur ce motif « qu'on ne saurait admettre que le législateur ait voulu soumettre à cette formalité toutes les ventes dans lesquelles la femme renonce à son hypothèque légale, alors que l'intérêt des tiers étant déjà suffisamment sauvegardé, rien ne justifierait plus une dérogation aux principes du Code civil, aussi onéreuse pour la propriété ».

Cet inconvénient est si réel que les notaires eux-mêmes, intéressés cependant dans la question, s'exprimaient en ces termes dans une de leurs pétitions : « Si, malgré la transcription de leur titre, les

acquéreurs, donataires et échangeistes sont obligés de faire inscrire la renonciation à l'hypothèque légale, comme cette inscription ne peut être prise qu'en vertu d'un acte authentique, la loi, par cela même, supprime l'usage des actes sous signatures privées, pour les ventes et les échanges, ce qui serait, d'après les paroles mêmes du rapporteur de la loi de 1855, une grave perturbation apportée dans les habitudes des transactions ».

On reproduisit, au cours des débats, tous les arguments que nous avons présentés en examinant successivement les différents systèmes qui se firent jour, après la loi de 1855 ; il en est un sur lequel on insista plus spécialement et que nous devons examiner.

M. Trarieux soutint que les principes de notre droit hypothécaire exigeaient impérieusement la forme authentique : « En effet, dit-il, deux grands principes planent sur notre droit hypothécaire tout entier, celui de la publicité et celui de l'authenticité. Le Code civil, aussi bien que l'art. 9 de la loi de 1855 commandent cette solution et, en vous demandant de la sanctionner, nous ne vous proposons de rien bouleverser, nous voulons, au contraire, rester dans l'harmonie des principes généraux » (1).

M. Clément répliqua à cette argumentation spéciale et il nous semble que, cette fois du moins, il eût entièrement raison. « Toutes les fois, dit-il, qu'un créancier inscrit, quel qu'il soit, femme ou étranger,

(1) *Journal Officiel* du 30 oct. 1888. Débats parl. p. 1.394.

consent à l'aliénation de l'immeuble sur lequel il a une hypothèque, ce consentement, quelle qu'en soit la forme, anéantit son droit hypothécaire ; c'est un principe du Droit romain qui nous a été transmis et qui a été appliqué dans le Droit français sans aucune espèce de difficulté. *Creditor qui permittit rem venire, pignus dimittit.* »

Puisque la loi nouvelle n'exigeait plus aucune inscription, il semble qu'il n'y avait plus aucune raison pour exiger un acte authentique, car les actes sous signatures privées sont reconnus comme valides en ce qui concerne le registre des transcriptions. Sans doute, l'art. 2127 C. civ. exige bien un acte authentique, mais l'argument n'a aucune portée car il s'agit de consentir une hypothèque et la loi de 1889 envisage son extinction ou sa transmission partielle. On a dit, que tout au moins, l'opération à laquelle se prête la femme ressemble beaucoup à une mainlevée et que l'art. 2157 C. civ. exige pour la radiation la production d'un acte authentique. Il nous semble que, si l'assimilation est juste, les conséquences qu'on en tire ne le sont pas, car l'art. 2157 n'édicte qu'une mesure d'administration et d'ordre intérieur, destinée à prévenir des erreurs dans la tenue des registres du conservateur : l'art. 2157 est loin d'avoir la portée qu'on lui prête, et ce qui le prouve, c'est que l'art. 2180 C. civ. ne soumet à aucune condition d'authenticité, la manifestation de la volonté du créancier. Ces deux articles ont chacun un champ d'application différent et il nous semble que, sur ce

point, la discussion, qui s'est produite au Sénat, n'a pas été exempte de quelque confusion.

Quoi qu'il en soit, l'intérêt de protection de la femme l'a emporté et on a pensé que la présence du notaire était utile pour avertir la femme de la gravité du consentement qu'elle donne, alors que son mari, désireux de retarder le plus possible une échéance fatale, a peut-être mis tout son soin à lui dissimuler cette importance. Cependant il convenait peut-être de se souvenir qu'il ne faut protéger qu'avec réserve les incapables et qu'une protection excessive est plus funeste qu'utile ; il y a longtemps qu'on a dit, au sujet des mineurs, que la loi les ruinait à force de les protéger.

Il faut d'ailleurs reconnaître que l'opinion qui a été consacrée a au moins un mérite, celui d'être logique ; tout le monde semblait d'accord pour décider que la renonciation devrait être authentique lorsqu'elle était contenue dans un acte distinct ; dans ces conditions ne valait-il pas mieux exiger dans tous les cas la garantie de l'authenticité, plutôt que s'attacher à une distinction empirique, alors que la situation juridique de la femme restait identiquement la même.

Quant à l'objection de ceux qui arguaient de l'impossibilité où se trouvait le législateur de soumettre toutes les ventes immobilières à ce surcroît de formalités, M. Trarieux répondit : « Nous n'empêchons nullement les ventes de se produire, sous la forme d'un acte sous seing privé ; mais si

nous nous trouvons en présence d'un contrat qui contient deux choses : une vente et une renonciation à l'hypothèque légale, nous disons qu'à chacune de ces choses la loi est en droit d'imposer des formes d'actes différents. Nous ne restreignons ainsi ni le droit de la femme, ni celui du mari. Nous nous bornons à réserver pour chaque matière ses règles distinctes » (1).

Il est fort probable que la loi de 1889 aura pour effet de rendre les renonciations par acte distinct beaucoup plus fréquentes qu'autrefois ; on fera la vente par acte sous signatures privées et seule la renonciation de la femme à son hypothèque légale sera contenue dans l'acte authentique. Cette pratique, pour compliquée qu'elle soit à raison des deux actes qu'elle entraîne, serait pourtant, nous le croyons, avantageuse dans bien des circonstances, surtout si l'on se rappelle le nombre considérable de ventes immobilières de peu d'importance ; pour celles-ci, la raison d'économie primera toutes les autres.

Remarquons d'ailleurs que la loi a employé les expressions d'acte authentique : sans doute les notaires sont les officiers publics tout désignés pour donner l'authenticité aux actes par lesquels la femme déclarera renoncer à son hypothèque, mais il ne nous paraît pas douteux qu'une telle renonciation reçue par un juge de paix, assisté de son greffier, et siégeant

(1) *Journal Officiel* du 29 oct. 1888, p. 1395.

même comme magistrat conciliateur, satisferait pleinement aux exigences de la nouvelle législation.

Nous déciderions de même qu'un acte sous seing privé, déposé chez un notaire, du consentement des parties, et mis par lui au rang de ses minutes, pourrait efficacement contenir la renonciation de la femme, car la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour reconnaître qu'un acte sous signatures privées, ainsi déposé, acquiert l'authenticité de l'acte public et peut comme tel renfermer la constitution d'une hypothèque (1). Or notre matière présente avec ce cas une analogie évidente. Il suffirait même que le dépôt eût été effectué par le débiteur, c'est-à-dire, par la femme autorisée de son mari, à plus forte raison, serait-il régulier, si les parties avaient, soit dans l'acte même, soit dans un acte séparé, donné mandat à l'une d'entre elles ou à un tiers de l'effectuer aux mains du notaire.

La loi de 1889 ne manquera pas, très probablement, de donner un regain de nouveauté à une question fort ancienne et toujours discutée, celle de savoir si les actes contractuels passés en la forme administrative doivent être considérés comme des actes authentiques.

Il est certain que le ministre, le préfet et le maire ont, chacun dans leur sphère, compétence pour

(1) Cass. 11 juill. 1815, 15 fév. 1832, S. 32. 1, 790 ; Caen 22 juin 1824 ; Locré, t. XVI, p. 254 ; Troplong, Priv. et Hyp., t. II, n. 506 ; Pont. n. 661. Aubry et Rau, t. III, p. 273 ; Laubombière, sur l'art. 1317, n. 40. Contra Delvincourt.

donner l'authenticité aux décisions, aux arrêtés, aux ordonnances qui émanent de leur autorité : mais on se demande s'ils peuvent mettre ce privilège au service des intérêts privés de l'Etat, du département et de la commune qu'ils administrent. Ceux-ci en effet ne sont point seulement chargés de la gestion des intérêts publics qu'ils représentent ; ils constituent en même temps des personnes morales avec leur patrimoine et leurs droits individuels. A ce double titre, ils passent des contrats, des marchés, font des achats ou des ventes, des locations et des emprunts. Supposons donc, envisageant de suite l'espèce la plus délicate, qu'un maire achète au nom d'une commune un immeuble : l'acte est passé en la forme administrative ; la femme du vendeur peut-elle renoncer valablement dans cet acte à son hypothèque légale en faveur de la commune qui se porte acquéreur.

Deux questions se posent : cet acte de vente passé en la forme administrative est-il un acte authentique et, en cas de réponse affirmative, cet acte authentique peut-il être regardé comme étant compris dans la formule employée par le législateur de 1889.

Sur le premier point, deux opinions sont en présence. La première, et à nos yeux la plus juste, estime que cet acte de vente, passé en la forme administrative, est véritablement un acte authentique. Ceci résulte par analogie de l'art. 14 de la loi des 28 octobre — 5 novembre 1790. « Le ministère des notaires, y est-il dit, ne sera nullement nécessaire pour la passation desdits baux (des biens nationaux),

ni pour tous les autres actes d'administration... Ils emporteront hypothèque et exécution parée. »

L'art. 56 de la loi du 3 mai 1841 vient à l'appui de ce système : « Les contrats de vente, quittances et autres actes relatifs à l'acquisition des terrains peuvent être passés dans la forme des actes administratifs. La minute restera déposée au secrétariat de la préfecture. » On objecte que cette disposition est exceptionnelle, mais nous nous refusons à voir comment une loi pourrait, exceptionnellement, conférer à un fonctionnaire public le pouvoir de donner l'authenticité à une certaine catégorie d'actes, alors que la situation même de ce fonctionnaire exige qu'il passe fréquemment des actes analogues. Il s'agit ici d'une qualité inhérente à la personne et on ne comprendrait pas qu'un préfet pût donner l'authenticité à un acte d'achat et eût perdu ce privilège, lorsqu'il s'agit d'un acte de vente ou de location.

Enfin cette opinion est conforme à une décision du ministre de l'intérieur de 1860, laquelle porte que « les actes passés par les maires dans la forme administrative, sur les divers objets d'intérêt communal, sont authentiques, tels que marchés, ventes, échanges, transactions ».

A la vérité, à cette décision du ministre de 1860, la seconde opinion oppose une décision du ministre de 1840, aux termes de laquelle « les actes que les maires passent au nom des communes équivalent à de simples actes sous seing privé, et, conséquemment, sont susceptibles de tous les inconvénients attachés aux contrats de cette espèce ».

Cette décision, dit-on, est seule conforme à la logique et à la raison. Comment admettre, en effet, qu'une même personne puisse à la fois donner l'authenticité à un acte dans lequel elle est elle-même partie intéressée. On ajoute que l'art. 1317 ne comprend pas les maires parmi les officiers publics ayant le droit d'*instrumenter*, car jamais le maire n'a été considéré comme un officier public.

L'art. 1317 C. civ. se combine naturellement avec l'art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse an II, portant : « Les notaires sont *les* fonctionnaires publics établis pour recevoir *tous* les actes auxquels *les parties* veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique. » Cet article indique bien que les notaires sont les seuls fonctionnaires publics institués pour donner l'authenticité aux conventions volontaires émanant de parties quelconques, car il est remarquable que le mot *parties* a été intentionnellement substitué aux termes de citoyens et de particuliers.

Malgré ces arguments, nous ne pensons pas que le pouvoir spécial conféré à certains fonctionnaires par l'art. 14 de la loi de 1790 ait disparu. Il ne faut pas abuser des termes de l'art. 1317 C. civ., car, en le faisant, on arriverait à dénier le caractère d'authenticité aux actes administratifs proprement dits qui émanent du maire ou du préfet. Sans doute nous ne nions pas qu'il n'y ait une certaine anomalie à réunir ainsi dans une même personne deux qualités qu'il paraît presque nécessaire de séparer, mais il

ne faut pas oublier que le maire après tout n'est point personnellement intéressé à l'acte qu'il passe et que la délibération du conseil municipal et les formalités administratives protègent suffisamment les légitimes intérêts du vendeur. Au surplus, ces formalités sont l'équivalent de celles qui accompagnent l'acte notarié et l'acte passé en la forme administrative est donc conforme de tous points aux prescriptions de l'art. 1317 C. civ.

La jurisprudence, après avoir adopté l'opinion contraire, semble s'être définitivement ralliée à celle que nous soutenons et qui est généralement professée aujourd'hui (1).

Nous concluons donc que l'acte de vente, fait en la forme administrative par le maire au nom de la commune qu'il représente, est authentique. Comme la loi de 1889 n'exige point autre chose, il paraît bien que la conclusion s'impose et qu'il est impossible de ne pas reconnaître la validité de la renonciation que la femme consentirait dans cet acte à son hypothèque légale. Cependant la raison de douter vient de ce que le législateur de 1889, en exigeant un acte authentique, s'est surtout préoccupé de mettre à côté de la femme un conseil autorisé qui l'avertira, si besoin est, des dangers du concours qu'elle apporte à la vente consentie par son mari ; or il est peu vraisemblable que le maire se soucie beaucoup des intérêts

(1) Aubry et Rau, t. III, § 266, texte et note 55 ; Cass. Civ 28 janv. 1868 et 19 nov. 1867. D. 68, I. 40 et 223. — Contra, Cass., 2 janvier 1817, 26 juillet 1827 et 27 nov. 1833.

de la femme, car il n'a pas d'autre mission que de défendre ceux de la commune.

Malgré ces raisons, nous croyons que la renonciation de la femme à son hypothèque serait pleinement valable, car l'interposition nécessaire d'un tiers entre le mari et la femme prémunit cette dernière contre la ruse et les excès de l'autorité maritale. La présence du maire garantit que le consentement de la femme est libre, et, après tout, celle du notaire n'a guère d'autre utilité. Aussi bien, les lenteurs qui accompagnent nécessairement les actes passés en la forme administrative laissent à la femme tout le temps de réfléchir et la surprise est impossible. Dans ces conditions, il ne nous paraîtrait pas légitime de venir restreindre la portée générale de la formule employée par le législateur. Si l'acte sous seing privé a été déclaré insuffisant, du moins suffit-il qu'un acte soit authentique, pour qu'il puisse contenir une renonciation valable de la femme à son hypothèque légale sur l'immeuble vendu.

L'authenticité étant requise par la loi *ad solemnitatem* et non pas seulement *ad probationem*, la ratification d'une renonciation consentie par acte sous seing privé est impossible. Sans doute, il est permis à la femme de ratifier, par acte ultérieur et authentique, une convention de cette nature ; mais l'acte authentique ultérieur ne sera pas une ratification au sens juridique du mot. « Il sera dépourvu d'effet rétroactif. Il n'aura d'effet au regard des parties que du jour où il aura été dressé : l'acquéreur ne

pourra donc se plaindre à l'encontre de la femme des cessions que, depuis la signature de l'acte sous seing privé, elle aurait consenties et qui, régulièrement inscrites, seraient devenues opposables à l'acquéreur » (1).

Nous aurons à nous demander plus loin si cette dernière proposition est pleinement exacte.

Il est certain, en effet, que la renonciation de la femme à son hypothèque légale faite par acte sous seing privé, est, *en ce qui concerne cette hypothèque*, absolument inopérante et inefficace. Cette nullité radicale a été mise en lumière par M. Merlin, qui nous dit, dans son rapport, que « l'inobservation de cette formalité (authenticité) entraînera la nullité absolue de la renonciation, et comme la solennité de l'acte est surtout exigée dans l'intérêt de la femme, la femme devra elle-même avoir le droit de s'en prévaloir ».

Après la loi de 1855, on discuta vivement la question de savoir si l'art. 9 de cette loi pouvait être invoqué par la femme, qui avait, par acte sous seing privé, subrogé un créancier à son hypothèque légale. La doctrine se partagea en deux camps opposés (2) et il ne manquait point d'auteurs pour soutenir que l'authenticité n'était ici qu'un complément de publicité, prescrit surtout dans l'intérêt des tiers. Cette opinion fut justement

(1) *Lois nouvelles*. Etude de la loi du 13 fév. 1839, par M. Escorbiac.

(2) Pour l'affirmative, V. Mourlon, transcription, t. II, n. 105 ; Verdier id., t. II, n. 670 ; Aubry et Ran, § 288, note 17, Bertauld, Subrog., n. 87 ; en sens contraire, Troplong, transcription n. 362 ; Rivière et Huguet, id., n. 398 ; Rivière et François, id., n. 138 ; Flandin, id., t. II, n. 1547 ; Pont, Priv. et Hyp., t. I, n. 467.

repoussée par la jurisprudence qui, sans hésitation, admit la femme à invoquer devant les tribunaux la protection dont le législateur avait voulu l'entourer (1).

Nous pensons que les mêmes incertitudes ne devront pas se reproduire, au sujet de la loi nouvelle. Ainsi que nous l'avons dit, l'authenticité est ici exigée *ad solemnitatem*. On ne saurait douter un instant du droit qu'aura la femme de s'en prévaloir, lorsqu'on lui opposera une renonciation par acte sous seing privé, car le désir de protéger la femme, en mettant auprès d'elle un conseil éclairé, a été la principale, sinon l'unique raison qui a entraîné la décision du Parlement.

Ce n'est pas à dire que le principe nouveau posé par la loi récente soit d'une application facile : nous croyons au contraire qu'il soulèvera dans la pratique des difficultés inextricables. Et voici pourquoi : c'est que le législateur de 1889 n'a certainement modifié en rien les principes du Code civil, en tant qu'ils permettent à la femme de contracter par acte sous seing privé une obligation quelconque : en dehors des incapacités spéciales du régime dotal, la femme est, et reste, avec l'autorisation de son mari, pleinement capable de faire tous les actes et de prendre tous les engagements, même les plus onéreux ; or, il se trouve et c'est là que gît la difficulté, qu'il y a certains engagements qui aboutissent, pour la femme, par une voie

(1) Bourganeuf, 27 fév. 1869 ; S. 69, 2, 88 ; Amiens, 26 mai 1874. S. 75, 2, 113. Cass., 22 nov. 1880. D., 81, 1, 58.

détournée, à une véritable renonciation à son hypothèque légale. Nous faisons allusion aux qualités de covenderesse, de garante ou caution que la femme peut prendre dans toute vente d'un immeuble de son mari ou d'un immeuble dont elle partage avec lui la copropriété. Et alors se dresse entre le Code civil et la loi de 1889 un conflit redoutable, car personne, en vérité, n'ira jusqu'à soutenir que la législation nouvelle interdit à la femme de se porter, par acte sous signatures privées, garante d'une vente passée par son mari.

Au premier abord, on serait tenté d'objecter que ce conflit ne doit pas exister, puisque la loi de 1889 n'a fait qu'élargir la voie tracée par celle de 1855 et que, depuis 1855, on n'a entendu parler d'aucun conflit avec le Code civil. Cette objection est sans portée, parce que la cession d'une hypothèque, à un créancier, est une opération *sui generis* à laquelle aucune autre ne peut équivaloir; sans doute une femme en s'obligeant, donne par là même à son créancier un certain droit sur son hypothèque légale, mais cet engagement général, tel qu'il résulte des termes de l'art. 2093 C. civ. diffère grandement de la cession prévue par l'art. 9 de la loi de 1855. Au contraire, et c'est là le point important sur lequel nous ne saurions trop insister, avant la loi de 1889, il n'y avait, en ce qui concerne l'hypothèque légale, aucune différence entre la renonciation par la femme à cette hypothèque et sa déclaration qu'elle se portait garante de la vente de son mari. Cette assimilation subsiste, sans qu'il

soit besoin de s'attacher au caractère translatif ou extinctif de la renonciation, car le fait de garantir quelqu'un d'un trouble, emporte, pour le garanti, le droit de se servir, pour sa défense, des armes du garant (art. 1166 C. civ.) et l'acquéreur ne fait pas autre chose, lorsque, pour éviter la perte qui résulterait pour lui de l'éviction, il prétend tout au moins prélever avant les autres créanciers une somme égale au montant de son prix d'acquisition.

Supposons donc qu'une femme se porte par acte sous signatures privées, garante de la vente d'un immeuble de son mari et demandons-nous quelle sera, sous l'empire de la loi de 1889, l'influence de cet engagement sur l'hypothèque légale de la femme.

Cette question est assurément une des plus délicates que soulève l'interprétation de la loi nouvelle ; nous nous trouvons en effet en présence de deux principes certains et opposés dont l'un semble en toute vérité la négation formelle de l'autre. D'une part, la loi de 1889 déclare inefficace toute renonciation de la femme à son hypothèque légale, qui ne serait pas contenue dans un acte authentique ; d'autre part, la femme peut, par acte sous seing privé, se porter garante ou caution et jusqu'ici on considérerait comme un axiome de la science juridique que le garant ne peut évincer.

Parmi les différentes solutions qui s'offrent à l'esprit ; la plus simple, sinon la plus juste, consisterait à affirmer que la femme n'a aucun intérêt à se prévaloir de la nullité de sa renonciation à l'hypothèque légale, car il lui importe peu, dirait-on, de rendre

comme garante ce qu'elle prendrait comme créancière hypothécaire et dès lors l'absence d'intérêt dispense de s'arrêter à une question oiseuse. On n'a point eu de mal à percer à jour la fausseté de cette assertion. Sans doute, dans l'espèce que nous avons choisie, la femme a contracté une obligation distincte, mais il n'est pas exact de dire qu'il en soit toujours ainsi. La Cour de Lyon a apprécié d'une manière souveraine que la signature de la femme, précédée du seul mot « *approuvé* » mis au bas de l'acte de vente, valait renonciation et certes la femme n'avait, dans ce cas, souscrit aucun autre engagement. En second lieu, alors même qu'elle a contracté un engagement personnel et positif, la femme a encore, comme tout débiteur, grand intérêt à conserver intact son crédit hypothécaire. Il est bien préférable de n'être tenu que d'une obligation personnelle, que d'avoir en outre abdiqué pour toujours une garantie hypothécaire, susceptible de procurer à celui qui en bénéficiait, un nouveau crédit.

Ce n'est donc point sans réserve qu'il faut accepter ces paroles de M. Clément qui affirmait au Sénat que si en dépit de la loi qui exige l'authenticité, la femme se porte garante par acte sous seing privé, elle n'en sera pas moins liée envers l'acquéreur. « Ce que vous aurez fait, poursuivait l'orateur, en exigeant l'authenticité, ne peut nuire en rien à la faculté que la femme conserve de s'obliger, par acte sous seing privé, à garantir une vente faite par son mari et par conséquent, vous ne protégez nullement la

femme. Non, elle se trouve obligée de la même manière. Qui donc protégez-vous ? les créanciers ! »

Cette assertion ne peut être acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Comme à M. Clément, il nous paraît certain que les créanciers auxquels la femme aurait postérieurement cédé son hypothèque légale et qui se seraient inscrits conformément à l'art. 9 de la loi de 1855 pourraient obliger l'acquéreur à payer une seconde fois, si celui-ci ne pouvait leur représenter un acte authentique contenant la renonciation de la femme à son hypothèque légale. Nous verrons plus loin que la loi de 1889 a définitivement condamné l'opinion de ceux qui soutenaient que les cessionnaires de l'hypothèque légale, dont le titre était postérieur à la transcription de l'acte d'acquisition de l'acheteur, ne pouvaient agir qu'au nom de la femme et étaient tenus des mêmes obligations qu'elle. Ces cessionnaires sont des ayant-cause à titre particulier ; ils ont donc pu succéder aux droits de leur auteur sans être soumis aux mêmes engagements que lui ; ils agissent *proprio nomine* et sont investis d'un droit distinct.

S'il en est ainsi, il nous paraît impossible de ne pas admettre, qu'en permettant à la femme de subroger valablement des créanciers à son hypothèque légale, malgré la renonciation qu'elle en aurait faite antérieurement par acte sous seing privé, le législateur n'a pas accordé à la femme une protection sérieuse ; sans doute les subrogés sont les premiers bénéficiaires de cette protection, mais ils ne sont pas

les seuls, puisque la femme trouve ainsi un supplément de crédit qu'elle peut utiliser pour elle-même ou pour son mari. Le crédit est après tout bien voisin de la fortune, puisqu'il est un des moyens les plus aisés, sinon le plus sûr, de se la procurer.

La femme peut donc indirectement se servir de son hypothèque légale, qu'elle a conservée, sur l'immeuble vendu : le peut-elle directement ? A-t-elle le droit, lorsque le moment est venu pour elle d'exercer ses reprises, contre son mari, d'évincer l'acquéreur, sauf à être obligée de l'indemniser par suite de son obligation de garantie ? Nous ne le croyons pas, car cette éviction serait le plus souvent très dommageable à l'acquéreur et sans aucun profit pour la femme. En effet elle serait débitrice comme garante d'une somme exactement égale à celle qu'elle retirerait de la vente de l'immeuble et dès lors il ya lieu d'appliquer la maxime si raisonnable : pas d'intérêt pas d'action.

Mais ce que la femme ne peut faire, ses créanciers chirographaires ne le pourront-ils pas ; il est impossible de leur faire la même objection et de leur dire que le défaut d'intérêt les rend non recevables dans leur action. Leur intérêt est évident au contraire, puisque s'ils réussissent à faire maintenir sur l'immeuble aliéné l'hypothèque légale de la femme, ils augmenteront l'actif de leur débitrice de toute sa valeur au jour de l'adjudication. Il est vrai que l'acquéreur évincé se portera créancier pour une somme précisément équivalente, mais il ne sera payé qu'au marc

le franc de sa créance. Cependant nous ne pensons pas qu'ils puissent contraindre l'acquéreur à délaisser l'immeuble ; en effet, celui-ci peut leur opposer la compensation qui se produit au moment même où la valeur de l'immeuble est fixée par l'adjudication, lorsque sa créance devient liquide. Si on repoussait la compensation, l'acquéreur aurait un moyen fort simple de rester propriétaire, il n'aurait qu'à se porter adjudicataire et à dire aux créanciers : « je dois à la masse une somme égale à mon prix d'adjudication, mais la masse me doit précisément cette somme, puisque la femme s'est engagée à me garantir ; donc je ne vous paye rien et je garde l'immeuble. » Il nous semble que sa position serait inexpugnable. Cependant s'il survenait un événement qui s'opposât à l'admission de la compensation, nous croyons que l'acquéreur pourrait être expulsé.

En résumé, nous constatons que, même depuis la loi de 1889, l'hypothèque légale de la femme, est gravement atteinte par l'obligation de garantie que celle-ci contracte ; cependant cette diminution du droit de la femme ne devra pas satisfaire un acquéreur prudent, car il suffit que celle-ci devienne insolvable et qu'elle ait cédé à un tiers son hypothèque pour qu'il soit exposé à perdre à la fois l'immeuble et le prix. Ce danger est si imminent que l'acquéreur, sans attendre la poursuite du subrogé, pourrait agir en garantie contre la femme et exiger d'elle une caution, lorsqu'en fait elle a cédé à un tiers son hypothèque légale. L'acquéreur ne peut

être tenu de rester plus longtemps sous le coup de cette menace, et il est certain que la femme qui cède son hypothèque à un créancier, contrevient à son obligation de garantie, puisqu'elle rend possible l'exercice d'un droit qui, entre ses mains, se trouvait paralysé par une exception.

En ce qui touche le consentement de la femme, la loi du 13 février 1889 a fait une seconde innovation : elle décide que la renonciation de la femme à l'hypothèque légale devra être expresse et que si elle est tacite, « elle ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit comme covende-resse, soit comme garante ou caution de son mari. »

Cette innovation, que nous estimons dangereuse, aurait pu soulever dans la pratique des complications nombreuses si le législateur, en interdisant les renonciations par acte sous seing privé, n'eût confié aux notaires la rédaction des actes de renonciation : ceux-ci, gens expérimentés et connaissant la loi, auront le soin d'exprimer la volonté des parties, suivant les termes indiqués par le législateur.

On a donné deux raisons de cette innovation. La première est une pensée de protection : on n'a pas voulu que la femme se vît dépouillée de son hypothèque pour une participation, parfois très minime, à l'acte d'aliénation, participation dont on a dit qu'elle n'était pas toujours en mesure d'apprécier la portée. On a cité à l'appui de cette thèse l'arrêt de 1880 de la cour de Lyon. dont nous avons déjà eu l'occasion de

parler et dans lequel la simple signature de la femme précédée du mot « approuvé », avait été jugée une renonciation suffisante.

Cette raison ne nous paraît point acceptable, car il ne pouvait s'agir ici de protéger la femme et la seule question à résoudre était de savoir si, dans tel cas déterminé, elle avait entendu, oui ou non, renoncer à son hypothèque légale. Le danger qu'on a redouté est tout imaginaire; jamais jusqu'ici la jurisprudence n'avait fatalement attaché la renonciation à l'hypothèque légale à telle ou telle attitude prise par la femme dans l'acte d'aliénation, et le pouvoir d'appréciation du juge interprétait souverainement la portée de son concours.

On a voulu, en outre, mettre un terme aux difficultés d'interprétation et, par là même, diminuer le nombre des procès. Il est regrettable que pour atteindre ce résultat, toujours désirable, on ne trouve jamais d'autre moyen que d'apporter de nouvelles entraves à la libre manifestation de la volonté. L'interprétation du juge est mieux placée, pour apprécier l'intention des parties, elle seule possède cette flexibilité merveilleuse, capable de saisir les nuances les plus délicates. Ce formalisme étroit de la loi de 1889 est bien éloigné de la prudente réserve du législateur de 1855 qui, dans l'art. 9 qu'on vient de compléter, multipliait les synonymes et les équivalents de peur d'enfermer le consentement des parties dans des formules restrictives dont il paraît particulièrement enclin à s'affranchir en cette matière.

Il est vraisemblable que la discussion sera seulement déplacée, mais ne disparaîtra pas : On se demandera si la femme s'est portée convenderesse, caution ou garante et il est tout aussi malaisé de déterminer ce point que de préciser la signification du concours de la femme à l'acte d'aliénation. Bien plus, ce premier point tranché, les juges auront parfois à en décider un second, celui de savoir si la femme en se portant convenderesse, garante ou caution a entendu renoncer à son hypothèque. Le contraire est possible et la loi ne dit pas que la renonciation résulte nécessairement de l'une de ces trois qualités. En tout cas, il y a un grave défaut de méthode et de logique à exiger ce circuit de preuves, car il faudra commencer par démontrer un fait qui en lui-même est insignifiant dans le procès qui s'élèvera et qui ne prend de l'importance que par une des conséquences qu'on en tire.

Un commentateur (1) a même fait aux prescriptions établies par la loi nouvelle, un reproche plus grave, en soutenant que le cautionnement, simple obligation personnelle et subsidiaire, peut fort bien co-exister avec l'hypothèque légale de la caution. Sans doute, cette co-existence n'est pas impossible, mais, si l'on veut en conclure qu'elle est vraisemblable et que le législateur a eu tort de poser la présomption contraire, nous ne pouvons admettre une pareille conclusion. La loi n'a point voulu faire autre chose

(1) V. Escorbiac, Loc. cit.

qu'indiquer une présomption et il nous semble que, dans ces termes, elle n'a pas dérogé aux principes.

Vainement on a argué que la femme qui se porte caution vis-à-vis du créancier de son mari n'est pas censée renoncer à son hypothèque en faveur de ce créancier et qu'il en devrait être de même au regard de l'acquéreur. Cette assimilation est aussi inexacte que peu juridique. On ne voit pas en effet comment d'une part la femme, après avoir cautionné son mari, manque à l'engagement qu'elle a contracté envers le créancier, lorsqu'elle exerce son hypothèque légale : sans doute, si elle ne le faisait pas, le créancier obtiendrait peut-être plus aisément le paiement qui lui est dû, mais en le faisant, elle ne contrevient à aucun de ses engagements, et on ne peut exiger davantage. Au contraire, la femme qui cautionne la vente faite par son mari, renonce par là même à se servir des droits qu'elle peut avoir sur l'immeuble vendu. Implicitement elle s'est engagée à ne pas évincer l'acquéreur en le poursuivant hypothécairement, car cette éviction donnerait naissance à un recours de l'acquéreur contre son mari et par suite subsidiairement contre elle-même.

Le texte si clair et si énergique de la loi, résiste à toute interprétation extensive. Dans le premier rapport de la commission du Sénat, on lit en effet cette phrase : « On ne conçoit pas en vertu de quel principe de droit la même conséquence (la renonciation à l'hypothèque) résulterait du simple concours de la femme à l'acte de vente, c'est-à-dire d'un concours sans

engagement, d'une signature par exemple. Ce concours peut être déterminé par des motifs étrangers à la volonté de consentir une pareille renonciation. » Nous avons déjà critiqué cette pensée du législateur. Quoi qu'il en soit, il paraît certain que les juges se trouvant en présence d'un contrat d'aliénation, dans lequel le concours de la femme ne pourrait trouver aucune autre explication, que la volonté manifeste et évidente de renoncer à son hypothèque légale, devraient pourtant décider que ce concours n'emporte pas renonciation, s'ils ne peuvent déclarer en même temps que la femme s'est portée covenderesse, garante ou caution.

Nous disons qu'une pareille décision, encore bien qu'elle doive parfois répugner à la raison et au bon sens, nous *paraît* inéluctable. Dans la séance du 6 février 1888, M. Clément posa la question suivante : « La femme qui n'a pas expressément déclaré qu'elle renonçait, qui en outre n'a pris dans l'acte ni la qualité de covenderesse, ni celle de caution ou de garante, mais qui a assisté à la rédaction de cet acte, qui l'a signé et approuvé, sera-t-elle sous l'empire de la loi nouvelle, oui ou non, considérée comme ayant implicitement fait remise de son hypothèque ? » M. Merlin, rapporteur, au nom de la commission, répondit : « jamais » ; à moins toutefois, ajouta-t-il, « que d'autres circonstances jointes à son approbation, n'établissent qu'elle avait réellement l'intention de faire cet abandon ».

Cette concession dangereuse semble bien rendre

aux tribunaux le pouvoir d'appréciation qui leur est enlevé par le rapport de la commission ; ces interprétations contradictoires sont de nature à soulever dans la pratique des contestations et des procès et nous ne serions point étonnés que, s'armant de ces dernières paroles de M. Merlin et appuyée sur la logique et la raison, la jurisprudence recouvrât son ancien pouvoir d'appréciation souveraine et qu'après la loi de 1889 comme avant, il fût vrai que la renonciation de la femme peut résulter d'un concours quelconque, (1), à moins que ce concours ne soit susceptible de s'expliquer autrement (2).

Nous croyons même qu'un pareil retour aux véritables principes est désirable, et cela au nom même de l'intérêt de la femme ; autrement, les juges, profondément convaincus que la femme n'a donné sa signature que dans l'intention évidente de renoncer à son hypothèque, seraient naturellement portés à déclarer que la femme a, par cette signature, pris la qualité de venderesse ou de garante ; et en agissant ainsi, ils ne feraient après tout que se conformer à une règle d'interprétation posée par le Code civil lui-même, règle d'après laquelle les actes doivent être interprétés, *potius ut valeant quam ut pereant* (art. 1157). Ainsi, une fois de plus, la protection malencontreuse, accordée par la loi à la femme, se retournerait contre elle et la femme, sous le fallacieux

(1) Cass., 26 août 1862 D. 62, 1. 314.

(2) Cass., 6 nov. 1855. D. 55, 1. 339. Pont, Priv. et Hypoth., t. I, n° 465. Aubry et Rau, t. III, § 238.

prétexte d'être mise en garde contre des renonciations surprises à sa bonne foi, serait exposée au danger beaucoup plus grand de se voir liée par des engagements plus onéreux qu'elle n'aurait pas voulu contracter.

Cependant si nous croyons que ce retour aux véritables principes soit désirable, nous n'osons pas espérer qu'il se réalisera, car le texte est formel et les termes mêmes de la loi s'opposent à toute interprétation extensive : bien plus, une telle interprétation enlèverait toute signification à la formule employée.

CHAPITRE II

Publicité de la renonciation

Sous l'empire du Code civil, la jurisprudence et la doctrine, étendant aux tiers des privilèges que le législateur avait peut-être voulu restreindre à la femme, n'exigeaient aucune publicité pour les cessions de l'hypothèque légale. Ces principes s'appliquaient naturellement et à *fortiori* aux renonciations consenties en faveur de l'acquéreur et il n'y avait même pas lieu de lui conseiller, comme aux autres cessionnaires, de faire en marge de l'inscription, une mention destinée à empêcher toute mainlevée frauduleuse.

Chose curieuse, le danger, auquel l'acquéreur était alors exposé, ne se trouvait pas dans les subrogations postérieures, que la femme aurait pu consentir par la suite, mais au contraire dans celles qu'elle avait déjà concédées, antérieurement à l'aliénation. Les subrogations étant occultes, l'acquéreur n'avait aucun moyen de contrôler la déclaration de la femme qui

lui affirmait n'avoir jamais cédé à personne son droit hypothécaire ; si, confiant dans cette affirmation, il payait son prix, il était exposé à le payer une seconde fois, sur la poursuite de cessionnaires antérieurs : ceux-ci pouvaient invoquer que la renonciation de la femme avait été inopérante, puisque personne ne peut disposer d'un droit qu'il n'a plus. Des auteurs estimaient que la purge était pour l'acquéreur le seul moyen de s'affranchir de ces cessions (1).

Ce danger disparut avec la loi de 1855, mais les divergences d'interprétation, dont elle fut l'occasion, tendirent de nouveaux pièges à l'acquéreur. Durant les premières années qui suivirent la promulgation de cette loi, on avait généralement pensé qu'elle ne devait s'appliquer qu'aux cessions d'hypothèque ayant pour but de garantir une créance. « Elle était, d'après l'opinion commune, applicable seulement aux cessions faites par la femme qui ne se désistait que momentanément en faveur d'un tiers de ses droits hypothécaires contre son mari, pour les reprendre intacts après l'acquittement de la dette contractée, comme si elle ne les eût jamais cédés. »

Ce fut avec une véritable stupéfaction qu'on vit des auteurs d'un talent reconnu soutenir cette doctrine absolument nouvelle que la femme, en concourant, sans réserves, à la vente faite par son mari, en s'obligeant même à toute garantie solidaire, ne faisait qu'une simple cession ou renonciation, en ce qui tou-

(1) Troplong, Priv. et Hyp., t. II, n° 609 bis,

chait à son hypothèque légale, cession qui pour protéger l'acquérenr contre les créanciers auxquels il serait fait, postérieurement à la vente, des cessions de la même hypothèque, devait être inscrite ou mentionnée en marge de l'inscription préexistante.

On crut d'abord qu'il n'y avait là qu'une fausse alerte, cependant, les notaires s'émurent, car, jusqu'ici, ils s'étaient contentés de faire transcrire l'acte de vente contenant la renonciation de la femme. M. le comte de Casabianca, le rapporteur même de la loi de 1855, concluait lui-même en 1862 au rejet d'une pétition, attirant l'attention des pouvoirs publics sur la matière, parce que, disait-il, « il n'est nullement nécessaire de provoquer une loi nouvelle pour modifier une loi récente dont la saine interprétation suffit pour obvier aux inconvénients signalés. »

L'arrêt de Lyon, du 22 décembre 1863, ne tarda point à démentir ces belles espérances et le conflit s'accrut de plus en plus dans la jurisprudence, à tel point qu'à la suite des arrêts de Dijon (4 avril 1880) et de Paris (9 février 1883) les Chambres furent saisies de nombreuses pétitions, signées notamment par 356 présidents de chambres de notaires représentant, pour la plupart, la totalité des membres de ces chambres et des notaires de leurs ressorts.

Une première opinion, consacrée en particulier par le fameux arrêt de la cour de Lyon de 1863, estimait que l'inscription exigée par l'article 9 de la loi de 1855 était requise pour toute renonciation en faveur

de l'acquéreur, tant extinctive que translatrice (1). Cette opinion s'appuyait sur la généralité des termes de l'article 9, qui ne fait aucune distinction et semble même n'avoir multiplié les synonymes que pour ne laisser en dehors du texte aucune hypothèse particulière. Une seconde raison, beaucoup plus spécieuse, se tirait de la nécessité de manifester aux tiers une renonciation qu'ils étaient toujours aussi intéressés à connaître, qu'elle fût extinctive ou translatrice. On ajoutait que laisser occulte une pareille renonciation, c'était permettre le retour des fraudes que la loi de 1855 avait précisément voulu rendre impossibles. Bien plus, le conflit entre l'acquéreur et les créanciers subrogés pouvait se produire sans intention frauduleuse de personne; la femme subrogeait à son hypothèque, sans penser à avertir le créancier, qu'autrefois son mari avait vendu un immeuble à un tiers en faveur duquel elle avait renoncé à son hypothèque légale et plus tard le subrogé cherchait naturellement à se faire payer par tous les moyens possibles.

Et tant il est vrai que les mauvais arguments s'engendrent les uns les autres, certains partisans de cette opinion en étaient arrivés à nier la possibilité de la

(1) Ducruet. Etudes sur la transcription n° 42, Hervieu, *Journal des Conservateurs*. t. II, p. 296; Leroux, de l'enregistrement, art. 10.689; Rivière et Huguet, questions sur la transcription n° 391; Aubry et Rau, t. III, n° 288 *bis*, texte et note 18; Bertauld, subrogation à l'hyp. lég. n° 99; Rabot, id., n° 80; Garnier, id., n° 349 et 350; Lyon, 22 déc. 1863. D. 64, 2, 193; Charolles, 6 sept. 1859, S. 80. II. 152; Douai, 22 déc. 1887, S. 89, II. 79.

renonciation extinctive. « Est-ce qu'en réalité, disait M. Verdier, l'acquéreur n'est pas saisi de l'hypothèque légale, puisqu'il empêche que la femme qui s'en est dessaisie à son profit puisse valablement la transmettre à autrui, en ce qui le concerne, et l'usage qu'il fait de son droit n'équivaut-il pas à l'exercice des droits hypothécaires de la renonçante (1) ? »

L'acquéreur devait donc inscrire la renonciation que la femme lui avait consentie et s'il voulait s'éviter les embarras de la purge légale, il ne le pouvait qu'en grevant son propre immeuble de l'inscription de l'hypothèque légale de son vendeur, avec toutes ses conséquences et toutes ses gênes. Il devait par là même renouveler tous les dix ans son inscription, et l'oubli de cette formalité l'exposait à des dommages sérieux.

Cet inconvénient eut déjà été fort regrettable, mais il n'était cependant rien en comparaison d'une autre conséquence beaucoup plus grave, que quelques partisans de cette opinion prétendaient en tirer. Assimilant complètement cette renonciation à celle dont aurait bénéficié un créancier du mari, ils soutinrent que l'acquéreur n'était qu'un subrogé ordinaire venant à son rang et à sa place, avant les cessionnaires auxquels la femme aurait plus tard concédé des droits sur l'immeuble vendu. Sans doute il sera le premier subrogé, mais là se borne son privilège. « Il n'est pas douteux, en effet, disait en 1881 M. Cazot, garde des sceaux, dans l'exposé des motifs, que, d'après l'interprétation adoptée de la

(1) *Revue pratique*, t. XXVI, p. 17 et 24.

loi de 1855, la femme ne puisse, malgré sa renonciation, céder le droit de suite en même temps que le droit de préférence. L'inscription n'a donc d'autre résultat que de protéger l'acquéreur, s'il a payé imprudemment son prix, contre la collocation par préférence des créanciers subrogés par la femme après la transcription et qui seront admis à l'ordre malgré cette transcription. »

L'arrêt de la Cour de Dijon du 4 avril 1880 met en lumière ce danger : « Considérant que si la renonciation de la femme au profit d'un acquéreur ne devait pas produire plus d'effet qu'une simple cession, l'acquéreur se trouverait encore dans la nécessité, pour se mettre à l'abri des surenchères des cessionnaires postérieurs, de purger l'hypothèque légale et qu'ainsi il ne pourrait consolider la propriété entre ses mains qu'en supportant les mêmes frais de procédure que s'il n'avait obtenu aucune renonciation (1). »

Comment certains auteurs furent-ils amenés à méconnaître ainsi la pensée de l'acquéreur et à dénaturer à ce point la renonciation dont il bénéficiait, c'est ce que nous ne pouvons expliquer. Chacun voit combien une pareille théorie froissait tous ses intérêts, car il n'est pas d'acquéreur qui se tienne pour satisfait, avec la seule certitude de rentrer dans son prix d'achat, s'il vient à être évincé ; il veut plus et mieux, il demande à n'être jamais évincé.

Aussi M. Cazot ajoutait-il avec raison qu'une pareille

(1) Dijon, 4 avril 1880. S. 80, 2, 323.

doctrine décrète en quelque sorte l'hypothèque générale et indéfinie de la petite propriété. C'est l'exploitation de l'acquéreur par les vendeurs de mauvaise foi, c'est le trouble jeté dans les mutations immobilières, c'est la purge légale rendue inévitable, même pour les ventes les plus minimales, l'ordre et la consignation en permanence. L'acquéreur ne peut payer à l'amiable un vendeur qui ne peut dégrever l'immeuble (2).

Quoi qu'il en soit de ce point spécial, le 22 déc. 1887, la Cour de Douai consacrait encore la théorie émise en 1863 par la Cour de Lyon. Adoptant les motifs des premiers juges, elle confirmait un jugement du tribunal de Cambrai où se trouvent condensés les différents motifs sur lesquels s'appuie cette opinion : « Attendu que la loi de 1885 a voulu avant tout empêcher que les tiers soient exposés à être trompés, que dans ce but elle a prescrit des moyens de publicité qui doivent être strictement observés ; attendu que la disposition générale de l'art. 9 embrasse toutes les renonciations, même celles purement extinctives, faites au profit de l'acquéreur du mari ; qu'en effet, les tiers ont intérêt à savoir que la femme n'a plus le bénéfice de son hypothèque légale, soit qu'elle l'ait transféré à l'acquéreur, soit que cette hypothèque ait été éteinte par la renonciation que la femme aurait faite au profit dudit acquéreur ; attendu en outre qu'en matière de publicité le registre des transcriptions ne peut remplacer celui des inscriptions ; ... attendu que

(2) *Journal Officiel* de 1881. Doc Parl. p. 1836. Annexe n° 138.

les aliénations faites par le mari de ses immeubles ne portant, en principe, aucune atteinte aux droits hypothécaires de la femme, les tiers n'ont aucun intérêt à consulter le registre des transcriptions... (1). »

Une seconde opinion distinguait entre les renonciations extinctives et les renonciations translatives : l'acquéreur devait inscrire les secondes seulement, car, disait-on, elles rentrent évidemment dans les termes de l'art. 9. Pour exempter les autres de la formalité de l'inscription, on invoquait l'impossibilité juridique d'inscrire une hypothèque éteinte, ou encore en s'appuyant sur ce qu'elles étaient restées en dehors des règles de l'art. 9, le texte ne visant que les seules cessions en vue du rang à établir entre les différents cessionnaires. Quelques-uns enfin se basaient sur la combinaison des art. 3, 6 et 9 de la loi de 1855, et prétendaient en conclure qu'aucune cession ne pouvait être valablement inscrite au regard de l'acquéreur qui avait antérieurement transcrit son titre (2).

On répondait avec raison à ceux qui dans l'opinion précédente exigeaient la purge, comme pouvant seule donner pleine sécurité à l'acquéreur, que celle-ci

(1) Cambrai, 11 mai 1887. *Sr* 89, 2, 79. Cet arrêt a été cassé par la Chambre civile de la Cour de Cassation, le 5 mai 1890. La Cour suprême a décidé que la renonciation purement extinctive de la femme à son hypothèque légale, dans un acte de vente régulièrement transcrit, était dispensée de toute formalité autre que celle de la transcription. *V. le Droit*, 11 mai 1890.

(2) Amiaud, *Revue pratique*, t. XXIV 1867, p. 481 et t. XXVII 1869, p. 38 ; Pont. *Priv. et Hyp.*, n. 486 ; Mourlon, transcription, t. II, n° 1105, 1107 ; Bufnoir, sous Cass., 22 nov. 1880. *S.* 81, I. 474 ; Labbé sous Lyon. 22 déc. 1863. (*P.* 64, 2, 31) et *Revue critique* 1881, p. 337 ; Boulanger, *Rad. Hyp.* n° 112, et s.

n'avait aucun sens, car il serait absurde de signifier à la femme le dépôt au greffe d'un contrat où elle a paru et qu'elle a signé, ou de le signifier au procureur de la République qui ne peut plus rien faire et qui si, par malheur, il faisait inscrire l'hypothèque de la femme, devrait plus tard reconnaître le bien fondé d'une demande en mainlevée, dont les frais retomberaient en définitive sur la femme.

Remarquons au surplus que ceux qui, dans cette deuxième opinion, se basaient sur l'inutilité de publier, une seconde fois, une renonciation que la transcription de l'acte d'aliénation avait déjà manifestée aux tiers, employaient un argument fort dangereux qui les amenait eux-mêmes à décider qu'une inscription était nécessaire, au cas où la renonciation, en faveur de l'acquéreur, intervenait par acte séparé, alors même que cette renonciation était purement extinctive. Logiquement, cette brèche ouverte était suffisante pour livrer passage à la doctrine opposée du premier système qui répondait avec raison, comme l'avait fait le tribunal de Cambrai, que le registre de transcription ne pouvait en aucune façon remplacer celui des inscriptions.

Une jurisprudence très ferme soutint cette deuxième opinion : » Considérant, dit la Cour de Dijon, que les tiers sont suffisamment avertis par la transcription de l'extinction de l'hypothèque légale... que (suit le motif rapporté plus haut, au sujet de la nécessité de la purge, dans l'autre système) ; qu'on ne comprendrait pas enfin qu'un acquéreur qui a donné à son titre

toute la publicité requise, pour les mutations de propriété, demeurât indéfiniment exposé aux inscriptions hypothécaires de nouveaux cessionnaires et qu'il fût astreint, pour conserver ses droits, à prendre lui-même à son profit et à renouveler périodiquement sur son immeuble l'inscription d'une hypothèque, qui, par suite de la renonciation de la femme, devait, aux termes de l'art. 2180, être considérée comme ayant cessé d'exister. » (Dijon, 4 avril 1880, S. 80, 2, 323). Nous citerons plus loin un arrêt dans lequel la même Cour, se basant sur des motifs un peu différents, consacra la même doctrine (Dijon, 6 février 1889) (1).

La Cour de Cassation n'a point encore eu l'occasion de se prononcer, car dans son arrêt du 29 août 1866 comme dans celui du 22 novembre 1880, elle admit comme souveraine l'interprétation de la Cour de Lyon, décidant qu'il s'agissait dans l'espèce d'une renonciation translatrice ; on ne peut savoir si elle eût également soumis à la formalité de l'inscription les renonciations extinctives.

Pour nous, au risque de passer pour un esprit chagrin, nous n'hésitons pas à soutenir qu'aucune de ces deux opinions ne nous paraît traduire fidèlement la pensée du législateur de 1855 et nous pensons que les renonciations translatrices ne doivent pas être inscrites plus que les renonciations purement extinctives. Les partisans de la seconde opinion ont

(1) Trib. de La Flèche, 26 avril 1878. S. 80, 2, 148 ; Trib. de Beaune, 28 août 1879. S. 80, 2, 148 ; Trib. du Mans, 23 janv. 1880. S. 80, 2, 134.

raison de soutenir que l'extinction des hypothèques n'est soumise à aucune publicité. Il est possible que l'occultanéité de l'extinction soit aussi préjudiciable aux tiers que l'occultanéité de la cession, mais il est certain que le législateur n'a édicté dans le premier cas aucune publicité spéciale. La purge fournit à ce sujet un argument décisif, car aucune mention, aucune inscription à prendre au bureau des hypothèques n'avertit les tiers de cet événement qui cependant est pour eux si important. Rien absolument rien, ne fera parvenir légalement à leur connaissance ni la signification à la femme, ni celle au procureur de la République, ni le dépôt au greffe.

Bien plus, supposons qu'un débiteur hypothécaire acquitte sa dette, sans faire radier l'inscription qui grève son immeuble, n'est-il pas certain qu'un cessionnaire de cette hypothèque fictive ou de cette créance hypothécaire qui n'existe plus se verra débouter de la poursuite qu'il dirigerait contre le détenteur; et cependant il aurait pour excuse de s'en être rapporté à la foi des registres.

Comment soutenir après cela que l'extinction des hypothèques doit toujours être publiée! Qu'il y ait là une lacune sujette à critique, cela est possible, mais il est certain que la loi est ainsi faite et il n'appartient pas aux interprètes de la corriger. Ainsi doit-on admettre que, sous l'empire de la loi de 1855, il importait peu que la transcription renfermât ou non la renonciation de la femme. Qu'on ne croie pas pour cela que la transcription soit pour nous inutile, au

point de vue de l'extinction de l'hypothèque ; telle n'est pas notre pensée, mais nous n'exigeons la transcription de l'acte d'aliénation que pour ce seul motif, c'est que, faute de transcription, l'acquéreur n'est pas à l'égard des tiers investi de la propriété ; n'étant point propriétaire, la renonciation dont il se prévaudrait n'a aucun sens ni aucune portée, et on ne conçoit pas quel intérêt il pourrait avoir à l'invoquer.

Telle est pour nous la véritable argumentation juridique sur laquelle devait s'appuyer l'opinion qui refusait de soumettre les renonciations extinctives à la formalité de l'inscription ; mais il ne convenait pas d'y astreindre davantage la renonciation translatrice. Les termes de l'art. 9 de la loi de 1855, font au premier abord illusion, mais on ne tarde pas à s'apercevoir que les motifs qui l'ont inspiré font ici défaut. Comme l'a très bien dit la Cour de Dijon (6 fév. 1889), cet article n'a trait qu'au droit de préférence, et il ne vise que les rapports des divers créanciers subrogés, soit entre eux, soit avec les créanciers chirographaires. Or, et c'est là le point capital, l'acquéreur ne se trouvera *jamais et dans aucun cas* en conflit avec ces tiers, il n'aura jamais à opposer son droit qu'aux créanciers au profit desquels le mari aurait constitué une hypothèque. De subrogations ultérieures à l'hypothèque légale, capables d'atteindre l'immeuble vendu, il n'en saurait être question, car *nécessairement et fatalement* la subrogation concédée par la femme est la dernière de toutes et la femme a épuisé son droit de suite, en tant du moins qu'il atteignait

l'immeuble vendu. Jamais aucun conflit ne se produira, car les seuls tiers qui pourraient s'armer des prescriptions de l'art. 9, c'est-à-dire les créanciers chirographaires et les créanciers subrogés, *sont précisément ceux auxquels l'acquéreur ne sera jamais tenté d'opposer sa subrogation*. Ces arguments nous paraissent absolument décisifs, et nous avons peine à comprendre comment on a pu confondre cette subrogation, qui, quoiqu'on ait dit, est absolument identique à celle prévue par l'article 1251. 2^e C. Civ, avec une cession de l'hypothèque légale. Qui donc a jamais soutenu qu'un acquéreur qui se prévaut contre les créanciers qui le poursuivent hypothécairement, de l'hypothèque d'un créancier préférable qu'il a désintéressé, est un cessionnaire? Personne évidemment. Pourquoi dès lors, soutenir que l'acquéreur, qui, après avoir éteint l'hypothèque légale qui grevait son immeuble, se trouve conduit à l'invoquer contre d'autres créanciers inscrits, est un cessionnaire?

Si nous avons insisté un peu longuement sur cette opinion, que la doctrine et la jurisprudence ont été d'accord pour condamner, c'est que nous la verrons plus tard sanctionnée par la loi nouvelle de 1889.

Le paragraphe premier de cette loi est ainsi conçu :
« La renonciation par la femme à son hypothèque légale, au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, en emporte l'extinction et vaut purge à partir soit de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte

d'aliénation, si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct. » Si l'on combine ce paragraphe avec le dernier où la loi décide que l'acquéreur est toujours subrogé, de plein droit et à due concurrence, à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang, on voit que le législateur ne fait plus, en ce qui concerne la publicité, aucune distinction entre la renonciation extinctive et la renonciation translatrice ; toutes deux doivent être publiées et ne sont opposables aux tiers qu'à dater du moment où elles ont été ainsi portées à la connaissance des intéressés.

On le voit, la loi nouvelle apporte une dérogation grave au principe de l'occultanéité de l'extinction de l'hypothèque : désormais ce principe, exact pour les hypothèques en général, ne le sera plus, en ce qui concerne l'hypothèque légale ; celle-ci du moins tant que le mariage dure, ne pourra disparaître sans que les tiers soient avertis de son extinction. Cette exception se justifie pleinement par les dangers que présentait auparavant la clandestinité d'une opération qui, par sa fréquence même, devenait un véritable piège tendu à la bonne foi des tiers. Le législateur a eu raison de tenir compte de l'objection de ceux qui estimaient que les tiers n'étaient pas moins intéressés à connaître l'extinction de l'hypothèque légale que les cessions que la femme pouvait en consentir à des créanciers.

Désormais, tant que la renonciation ne sera point publiée sur le registre des transcriptions, la femme

conserve le droit de céder son hypothèque, et les cessions, dûment inscrites, sont opposables à l'acquéreur qui aurait auparavant transcrit son titre, mais qui n'aurait pas encore publié la renonciation dont il se prétendrait bénéficiaire. La transcription de l'acte seul d'aliénation ne modifie en rien le droit de la femme de disposer, à son gré, de son hypothèque légale.

Cette solution certaine est digne de remarque, car, une opinion, soutenue en particulier par M. Bufnoir dans une note sous l'arrêt de Cassation du 22 novembre 1880 (S. 81, I. 474) s'appuyait principalement sur une doctrine contraire, pour dispenser de l'inscription les renonciations purement extinctives. Nous devons examiner maintenant cette théorie, consacrée d'ailleurs par un arrêt récent de la Cour de Douai, car si elle est exacte, la loi de 1889 serait en conflit flagrant avec celle de 1855. D'après cette opinion, la seule transcription de son titre d'acquisition conférait à l'acquéreur le droit de méconnaître toute cession de l'hypothèque légale de la femme de son vendeur, qui n'aurait pas été publiée avant la transcription de son titre. La combinaison des articles 3, 6 et 9 de la loi de 1855 amenait à ce résultat et l'article 9 avait eu précisément pour but de faire tomber les cessionnaires de l'hypothèque légale sous le coup des articles 3 et 6. Sans doute, il arrivait parfois que l'acquéreur n'avait aucun intérêt à opposer la nullité, à son égard, de la cession, car il lui eût assez peu importé de résister à la poursuite hypothécaire du cession-

naire, pour succomber ensuite devant celle de la femme, mais s'il avait intérêt à le faire, et il y avait intérêt, toutes les fois que, depuis la transcription de son titre, il avait obtenu de la femme une renonciation même non encore publiée, il pouvait tenir à son adversaire ce langage : « En quelle qualité me poursuivez-vous ? Est-ce comme tiers, agissant *proprio nomine* ? mais à ce titre vous ne pouvez rien contre moi, car il est trop tard, puisque la transcription a définitivement arrêté le cours des inscriptions. Est-ce comme représentant de la femme ? Fort bien : il est vrai qu'à ce compte je ne peux plus vous opposer les déchéances des art. 3 et 6, mais alors vous demeurez exposé à toutes les exceptions que je pouvais invoquer contre la femme, et à ce titre j'invoque contre vous la renonciation qu'elle-même vient de me consentir. » L'acquéreur pourrait ainsi se prévaloir contre le cessionnaire d'une renonciation même non publiée, intervenue postérieurement à la publication de la cession, car pour lui « toute inscription de l'hypothèque légale au profit d'un tiers subrogé, survenue depuis la transcription de son titre, est inopérante et dépourvue de toute efficacité (1) ».

Cette doctrine a été nettement résumée par la Cour de Dijon dans son arrêt du 6 février 1889 : « Considérant que c'est du droit de suite qu'il s'agit au procès et que l'art. 9 de la loi de 1855 n'a trait qu'au droit de

(1) Comp. Mourlon, *Traité de la transcription*, n° 1101 ; Amiaud, de la renonciation à son hyp. lég. par la femme du vendeur, p. 215-216 ; M. Lyon-Caen, en note sous Caen, 18 déc. 1878. S. 79, 2, 297.

préférence; que cela résulte non seulement du texte de cet article qui, sans dire un seul mot du tiers détenteur, se borne à fixer le rang du subrogé, mais encore de l'exposé des motifs de la loi précitée... Considérant qu'aucune autre loi n'ayant réglé les rapports d'un créancier subrogé dans l'hypothèque légale d'une femme mariée avec l'acquéreur, c'est le droit commun qu'il faut lui appliquer, le droit commun qui ne permet pas à un créancier hypothécaire soumis à une inscription d'atteindre un tiers détenteur que protège une transcription antérieure à cette inscription; considérant que l'art. 9 a eu précisément pour résultat de soumettre à la nécessité d'une inscription le créancier subrogé dans l'hypothèque légale de la femme mariée et qu'en exigeant de plus un acte authentique, pour en investir ce créancier, la loi susvisée n'a fait qu'étendre à l'hypothèque légale de la femme, quand c'est un tiers qui en bénéficie, le régime commun à toutes les autres hypothèques, donc pas plus que celles-ci elle ne peut grever un immeuble sorti du patrimoine du débiteur et qu'une transcription antérieure à l'inscription de la subrogation a mis hors de ses atteintes; considérant que, malgré cette transcription, le créancier subrogé pourrait sans doute inscrire l'hypothèque légale de sa débitrice, mais que cette inscription serait vaine, le créancier agissant dans ce cas non en vertu d'un droit qui lui est propre, mais comme ayant cause de la femme, serait repoussé par une exception de garantie, opposable à cette dernière, et par suite à celui qui la représente. » (S. 1889, 2. 80.)

Toute l'argumentation de cette doctrine repose sur une thèse qui n'est nullement démontrée, à savoir qu'il faille combiner ensemble les art. 3, 6 et 9 de la loi de 1855. L'article 9 n'a trait qu'au rang à observer entre les créanciers successivement subrogés et c'est à tort que l'on prétend en tirer argument en faveur du tiers débiteur. On l'a remarqué fort justemeent, l'art. 6 ne mentionne pas l'art. 2121 C. civ. et ce silence est d'autant plus caractéristique que l'art. 2123 est expressément visé. Bien plus l'inscription de l'hypothèque légale, dans les cas où elle est nécessaire, diffère essentiellement de l'inscription des autres hypothèques. Pour ces dernières, l'inscription est une formalité substantielle sans laquelle elles n'existent pas; au contraire, l'hypothèque légale existe essentiellement en dehors de toute inscription, et ce n'est qu'accidentellement qu'elle doit être publiée. Dès lors les unes ne pourront être inscrites après la transcription, car il y aurait alors une véritable constitution d'hypothèque *a non domino*, puisqu'une hypothèque ordinaire non inscrite n'a aucune existence; au contraire, l'hypothèque légale, existant en dehors de toute inscription, peut fort bien se manifester seulement après la transcription. Il est si vrai que l'assimilation qu'on veut faire est impossible, que ses partisans devraient aller jusqu'à dire que les créanciers chirographaires de la femme pourront se prévaloir du défaut d'inscription de la cession de l'hypothèque légale avant la transcription, ce qui est évidemment inadmissible. « De ce qu'après la transcription de la vente, il ne peut être

inscrit d'hypothèque du chef du vendeur, il ne résulte pas que cette formalité empêche en quoi que ce soit la cession et l'inscription par le cessionnaire de l'hypothèque légale de la femme de ce vendeur (1). »

Telle est, pour nous, la véritable portée de la loi de 1855, sainement entendue ; cette opinion a, d'ailleurs, été d'une manière implicite, mais certaine cependant, consacrée par la loi nouvelle, car désormais il est indiscutable que toute renonciation en faveur de l'acquéreur est inexistante au regard des tiers, tant qu'elle n'a pas été publiée sur le registre des transcriptions. L'acquéreur s'en prévaudrait vainement contre tout cessionnaire dont le titre aurait été régulièrement publié, encore que cette publicité ne fut intervenue que postérieurement à la date de la transcription de l'acte d'aliénation et même de la date de la renonciation non transcrite que l'acquéreur voudrait invoquer (2). Tout cela ne peut être contesté ; aussi l'acquéreur fera-t-il bien de ne pas payer avant d'avoir transcrit la renonciation de la femme, car dans l'intervalle qui s'écoule entre cette renonciation et la transcription, la femme peut consentir des cessions qui lui seraient opposables ; le cessionnaire pourrait non seulement le forcer à payer une seconde fois, mais même contester son prix d'acquisition et former une surenchère, car la femme lui a cédé son droit de suite avec son droit

(1) *Revue critique*, nov. 1889, Tissier.

(2) Nous ne pouvons donc comprendre comment M. Didier, dans son commentaire de la loi de 1889, soutient que le législateur a, avec raison, adopté le système de M. Bufnoir. Voir *le Droit*, 14 juillet 1889.

de préférence. Nous aurons à nous demander plus tard si l'acquéreur qui a régulièrement transcrit la renonciation de la femme, ne commet pas une imprudence en payant son prix, sans s'inquiéter des cessions régulièrement inscrites de l'hypothèque légale, alors même que celles-ci seraient postérieures à cette transcription.

M. Clément a fait observer au Sénat que, la renonciation de la femme étant après tout une mainlevée, il paraissait plus conforme aux principes de notre droit hypothécaire, de la publier sur le registre des inscriptions plutôt que sur celui des transcriptions. M. Boulanger répondit qu'une pareille mesure aboutirait à des complications regrettables dans la tenue des registres, car il faudrait d'abord inscrire l'hypothèque légale de la femme et ensuite à chaque aliénation d'un immeuble du mari, mentionner en marge la renonciation consentie ; or, jamais les marges des registres ne seraient suffisantes pour contenir ces mentions, parfois fort nombreuses. On aurait donc été obligé de reporter ces mentions aux dates courantes et cela eût rendu les recherches fort difficiles pour les conservateurs des hypothèques ; les omissions fussent devenues inévitables dans les extraits qu'ils auraient délivrés.

Il nous semble d'ailleurs qu'au point de vue juridique, la solution adoptée peut aussi être justifiée ; sans doute les mainlevées doivent en principe être publiées sur le registre des inscriptions, mais c'est qu'il s'agit alors de radier une inscription prise sur ce même registre : au contraire, puisqu'en fait, l'hypothèque

légale de la femme n'est jamais inscrite, on eût été amené pratiquement à inscrire une hypothèque éteinte, ce qui certes est encore moins conforme aux principes juridiques, que la mention exigée par la loi nouvelle sur le registre des transcriptions. Sans doute on objectera que, théoriquement, l'hypothèque légale de la femme devrait toujours être inscrite : cela est fort bien, mais il est certain que, en fait, elle ne l'est jamais et dès lors le législateur de 1889, en exigeant que son extinction fût publiée sur le registre des inscriptions, eût exigé une formalité déraisonnable.

On a repoussé avec raison l'objection de ceux qui soutenaient que les créanciers ne peuvent être forcés de consulter à la fois les deux registres ; il est même remarquable que les tiers seront plus aisément avertis de cette purge qui laisse des traces sur le registre des transcriptions que de celle organisée par le Code civil, que rien ne manifeste à l'attention dès que les formalités, auxquelles elle donne lieu, ont été achevées.

On rejeta également un amendement de M. Cazot qui, par analogie avec le cas du privilège du vendeur (art. 2108, C. civ.), demandait que le conservateur fût tenu, sous sa responsabilité personnelle, de mentionner la renonciation sur le registre des inscriptions ; M. Griffé ne fut pas plus heureux, lorsqu'il demanda que la renonciation, contenue dans l'acte même d'aliénation, fût en outre mise en vedette par une inscription, en marge de la transcription. Le législateur fut évidemment impressionné par ce fait,

que, désormais, l'acte d'aliénation étant, dans ce dernier cas, rédigé par un notaire, et la renonciation tacite ne pouvant résulter que de certaines qualités prises par la femme, les discussions seraient moins fréquentes et la simple lecture de l'acte ferait immédiatement apercevoir la portée du consentement de la femme.

CHAPITRE III.

Effets de la renonciation.

La loi de 1889, voulant caractériser d'un mot l'effet le plus important de la renonciation de la femme à son hypothèque légale, emploie une expression singulièrement énergique : elle nous dit qu'elle « en emporte l'extinction et vaut purge ». Ces termes sont quelque peu inexacts, puisque la loi maintient elle-même le droit de préférence au profit de la femme et de l'acquéreur, en tant que de besoin ; ils ont du moins le grand avantage de montrer clairement que le droit de suite a complètement disparu et que la femme l'a absolument perdu. Son désinvestissement est complet et il faut espérer que personne ne soutiendra plus que la femme, en subrogeant l'acquéreur, ne lui consent qu'une cession ordinaire de son hypothèque ; il y a là une différence fondamentale, qui sépare profondément les renonciations en faveur d'un acquéreur de celles qui interviennent en faveur d'un créancier.

Il convient de remarquer que le droit de suite

s'éteint et n'est pas transmis à l'acquéreur ; à quoi pourrait-il donc lui servir, puisqu'il est propriétaire et qu'à ce titre il a sur son immeuble un droit qui résume tous les autres. Le droit de suite disparaît et sa disparition met l'acquéreur à l'abri de toutes les cessions ultérieures que la femme pourrait faire de son hypothèque légale, en tant du moins qu'elles tendraient à contester son prix d'acquisition.

La femme pourrait dans un contrat de vente, et alors même que le prix ne serait pas payé comptant, déclarer renoncer à la fois à son droit de suite et à son droit de préférence ; il ne semble pas qu'aucune objection puisse être élevée contre une telle pratique, mais la loi, interprétant avec sagesse le consentement de la femme, déclare que la renonciation pure et simple à son hypothèque laisse survivre en sa faveur un droit de préférence. Cette solution est excellente, car la femme n'a voulu renoncer à son hypothèque légale qu'en faveur de l'acquéreur ; or, en quoi ce droit de préférence est-il pour lui une gêne dont il puisse légitimement se plaindre, et que lui importe que son prix serve à la sauvegarde des droits de la femme ? Il y a bien deux catégories de personnes qui seraient fort intéressées à l'extinction de ce droit de préférence : ce sont le mari et les créanciers hypothécaires de rang postérieur. Mais on ne peut juridiquement tenir compte de l'intérêt du mari ; en effet, sa seule qualité le rend suspect aux yeux de la loi, et ce n'est précisément qu'en feignant de l'oublier, pour ne considérer que l'intérêt de l'acquéreur, qu'on est

parvenu à faire échapper les renonciations, dont nous nous occupons, aux formalités de l'art. 2144, C. civ. Quant aux créanciers hypothécaires, la femme n'a nullement entendu les favoriser, et encore moins améliorer leur situation à ses dépens. C'est donc avec grande raison que le législateur a vu que l'intérêt de l'acquéreur était le seul dont il convenait de tenir compte et qu'en conséquence il a décidé que le consentement de la femme ne devait restreindre son droit que tout autant que l'acquéreur avait un intérêt légitime à ce qu'il en fût ainsi.

Depuis longtemps on ne discutait plus les effets de notre renonciation vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang et tout le monde s'accordait à reconnaître que leur situation n'était nullement modifiée. (Amiens, 19 déc. 1846. D. 47. 2. 97.) Il a même été jugé, que la stipulation, portée au contrat de vente, dans lequel la femme s'était portée coven-deresse, que le prix serait payé aux créanciers du mari, n'était attributive au profit desdits créanciers d'aucun droit nouveau ni exclusive de ceux appartenant spécialement à la femme ; en effet, à leur égard, c'était une *res inter alios acta*, et l'autorisation de payer n'était faite qu'en faveur de l'acquéreur. (C. Amiens, 9 août 1822 et C. Rouen, 26 avril 1826. D. Rép. v^o hypoth. n^o 1003).

Au contraire on discutait vivement la question de savoir si la renonciation ne conférait pas à l'acquéreur le droit de payer librement son prix, et au mari de le toucher ou de le déléguer à son gré, de telle

sorte que ce paiement et cette délégation eussent été opposables à la femme. Plusieurs pensaient que la femme ne conservait efficacement son droit de préférence qu'autant que les choses étaient entières. A l'appui de cette opinion, on invoquait le droit du mari de toucher son prix de vente, droit qu'une réserve formelle et expresse eût seule pu restreindre ; de même, disait-on, l'acquéreur doit pouvoir payer son prix, sans s'inquiéter d'un droit de préférence dont l'existence est tout au moins douteuse à son égard (1). Certains auteurs décidaient que seul le paiement du prix éteignait le droit de préférence de la femme, mais que la délégation souscrite par le mari le laissait au contraire subsister (2).

La jurisprudence était également divisée. La Cour de Metz allait jusqu'à refuser à la femme le droit de se prévaloir de son droit de préférence, dans une espèce où l'acquéreur demandait à être autorisé à payer son prix entre les mains du mari et à faire radier l'inscription prise par la femme. « Attendu que l'engagement volontaire, valablement contracté aux termes de l'art. 217 C. civ., impose à la femme Bidault l'obligation de consentir la mainlevée de l'inscription prise par elle, et par suite donne à l'acquéreur le droit d'en faire ordonner la radiation par les tribunaux, dans le cas d'un refus de mainlevée, lequel constitue un trouble ou un empêchement à la libre et entière jouissance de ce dernier : attendu que

(1) Pont., Priv. et Hyp., t. I, n° 485.

(2) Aubry et Rau, t. III, § 288 *bis*. texte et note 9.

le même droit appartient au sieur Bidault qui, ayant souscrit un engagement semblable à celui de sa femme, est tenu solidairement des mêmes obligations que celle-ci envers l'acquéreur; que dès lors c'est avec raison que les premiers juges ont ordonné cette radiation et autorisé Fondaire à verser entre les mains de Bidault la part revenant à celui-ci et à sa femme dans le prix des biens vendus (3). »

Ainsi la Cour admet non seulement l'acquéreur, mais encore le mari à poursuivre la radiation et autorise ce dernier à toucher le prix, malgré l'opposition de sa femme.

La Cour d'Agen a au contraire admis la femme à se prévaloir de son droit de préférence; dans deux espèces où l'acquéreur avait payé son prix aux mains du mari : celui-là fut donc obligé de payer une seconde fois, car dit-elle, « puisque aucune clause de l'acte ne donnait au mari le droit de prévoir l'entier prix, sans le concours de sa femme, les paiements faits au mari seul, ne peuvent être opposés à la femme (4) ».

La Cour d'Amiens soutint dans une opinion intermédiaire le système qui autorise la femme à invoquer son droit, lorsque les choses sont entières (3 mars 1853). La Cour de cassation ne s'était point encore prononcée *en principe* (2).

(3) C. Metz, 31 déc. 1867. D. 68, n° 145.

(1) Agen, 14 et 21 mars 1866. D. 67, n° 129; Conf. Dijon, 49 nov. 1876. D. 78, n° 57.

(2). Cass., 6. nov. 1853. D. 53, l. 440 et 12 fév. 1868. D. 63, l. 343.

Nous avons justifié par avance la solution très rationnelle de la loi de 1889. Elle repose sur cette idée très juste, que l'acquéreur, qui n'a pas payé son prix, n'a point d'intérêt sérieux à réclamer autre chose que l'extinction du droit de suite qui, s'il eût subsisté, eût permis à la femme de contester plus tard le prix d'acquisition et de former une surenchère.

Tout au plus l'acquéreur qui voudra payer son prix, sera-t-il obligé de consigner, après avoir procédé à l'égard des créanciers inscrits, postérieurs en rang, aux formalités de la purge, si ceux-ci refusent leur consentement, à ce que la femme soit provisoirement colloquée, moyennant caution fournie. Et en fait, la difficulté dans ce cas, provient non pas de la survivance du droit de préférence, mais uniquement de l'indétermination de la créance garantie par ce droit.

Ce droit de préférence, conservé par la femme, n'est donc pas pour l'acquéreur un trouble ou un empêchement, ainsi que l'avait soutenu la Cour de Metz ; il n'est pas davantage attentatoire aux droits et à la maîtrise du mari, et c'est bien à tort qu'un commentateur a prétendu que la loi paralysait ainsi le libre pouvoir d'administration, conféré, par le Code civil, au mari sur les biens de communauté (1).

Il nous semble que la question ne touche en rien aux pouvoirs d'administration du mari qui sont pleinement sauvegardés ; elle y touche si peu que la solution ne diffère pas lorsque le mari vend un bien qui

(1) Escorbiac. Loc. cit.

lui est propre, au lieu d'un bien de communauté et cependant, dans ce cas, il agit non pas comme administrateur de la communauté, mais comme propriétaire. Il ne s'agit pas de savoir si le mari vendeur peut toucher son prix, mais seulement si l'acquéreur peut le lui payer valablement. Sans doute, le droit du mari se trouve un peu diminué, au moins indirectement, mais cette conséquence n'a rien qui doive nous choquer et tout propriétaire dont le bien est grevé d'une hypothèque se trouve fatalement dans une situation identique. On est bien obligé de reconnaître que la femme pouvant refuser absolument son consentement, pouvait aussi faire ses réserves sur la portée de son concours. L'objection se réduit donc à savoir si l'interprétation légale donnée par la loi est raisonnable; nous croyons l'avoir démontré précédemment. Au surplus, on aperçoit aisément comment cette interprétation légale, loin de nuire aux intérêts du mari, les favorise au contraire; en effet, la femme hésitera d'autant moins à renoncer à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur, que cette renonciation compromet moins ses intérêts. Or, le droit de préférence est, après tout, ce qu'il lui importe le plus de conserver, car presque toujours l'immeuble aura été vendu à son juste prix; en perdant le droit de suite, elle ne perd guère que le droit de contester le taux du prix de vente. L'interprétation du législateur est donc pleinement légitime, puisque, en donnant toute sécurité à l'acheteur, elle diminue dans une proportion très minime la garantie de la femme.

Quelle est la portée de ce droit de préférence ? Tout d'abord il est certain qu'il diffère grandement de celui qui est maintenu au profit de la femme dans les hypothèses des art. 717 et 772, lorsqu'une vente a lieu sur saisie et que la femme ne s'est pas inscrite avant la transcription du jugement d'adjudication, ou lorsqu'à la suite d'une aliénation volontaire, l'acquéreur a notifié son contrat conformément à l'art. 2194 C. Civ, sans que la femme se soit inscrite dans le délai de deux mois. Dans ces deux hypothèses, un délai très court éteint définitivement le droit de préférence de la femme et l'acquéreur n'a plus alors besoin de son concours pour payer valablement.

Au contraire, dans l'hypothèse spéciale prévue par la loi nouvelle, l'acquéreur ne pouvant au regard de la femme acquitter valablement sa dette, que si elle a consenti ou concouru à l'acte de quittance, est devenu en toute réalité débiteur personnel du prix vis-à-vis de la femme. C'est là une dérogation, peut-être unique dans notre droit, au principe d'après lequel le tiers détenteur, qui n'est pas personnellement obligé à une dette, cesse d'être tenu lorsqu'il vient à être dessaisi de l'immeuble. Sans doute, la femme n'a sur les autres biens de l'acquéreur aucun droit de préférence; mais, du moins, peut-elle toujours agir contre lui, car à son égard, il est toujours débiteur du prix, tant qu'elle ne l'a point autorisé à le verser entre les mains de son mari ou d'un tiers.

Cette situation particulière a une conséquence importante dans le cas où l'immeuble vendu diminue

de valeur ; l'acquéreur ne se libérerait pas au regard de la femme en abandonnant l'immeuble, ainsi que peut le faire tout tiers détenteur qui n'est pas personnellement tenu de la dette ; il resterait débiteur personnel de toute la différence. Soit un immeuble acheté 100.000 fr. ; dix ans plus tard, l'adjudication, poursuivie à la requête de la femme, ne produit que 75.000 fr. ; l'acquéreur restera débiteur personnel de la femme pour une somme de 25.000 fr. On objectera que nous aggravons ainsi la situation de l'acquéreur, qui cependant, en obtenant de la femme la remise de son hypothèque, semblait devoir conclure une opération toute à son avantage. Ce résultat, pour fâcheux qu'il soit, nous semble découler naturellement du principe nouveau posé par la loi, en vertu duquel l'acquéreur ne peut opposer à la femme aucun paiement qui n'aurait point été agréé par elle. Au surplus, la femme en renonçant à former une surenchère, a pu être déterminée par la pensée que l'immeuble avait été vendu à sa véritable valeur, et il serait injuste de lui faire supporter une diminution qu'elle ne pouvait prévoir, alors qu'elle s'est irrévocablement dépouillée de son droit de suite au moment où cette diminution se produit. — Ce qui prouve que cette situation est toute exceptionnelle, c'est que si, reprenant notre hypothèse, nous supposons que d'autres créanciers étaient inscrits sur l'immeuble, l'acquéreur serait libéré à leur égard par le paiement que ferait l'adjudicataire entre leurs mains : ils ne pourraient certainement se retourner contre l'acheteur

évincé pour lui demander la somme de 25.000 fr., montant de la différence entre son prix d'achat et le prix d'adjudication. On rentre alors dans le droit commun, auquel la loi nouvelle apporte une seule exception en faveur de la femme.

Quelle sera la situation de la femme dans le cas où l'acquéreur serait insolvable et aurait transmis la propriété de l'immeuble à un sous acquéreur.

Il semble au premier abord que ce dernier soit à l'abri de toute atteinte de la femme, puisqu'elle a précisément perdu son droit de suite. Cependant, le plus souvent, le premier acquéreur n'ayant pas payé son prix, la femme parviendra par un détour au résultat désiré; elle n'aura pour cela qu'à exercer le droit de son débiteur, c'est-à-dire le privilège de vendeur qui est aux mains de son mari et sur le prix ainsi payé elle exercera son droit de préférence. Elle pourrait aussi demander la résolution de la vente pour non paiement du prix et alors l'immeuble vendu retomberait dans le patrimoine du mari, où il serait naturellement grevé de l'hypothèque légale de la femme qui recouvrerait ou plutôt serait censée n'avoir jamais perdu sur lui son droit de suite.

On le voit, ce n'est que par un détour que la femme atteint le tiers sous-acquéreur; de là il suit que si, en fait, par suite d'un concert frauduleux entre le mari et l'acquéreur, celui-ci avait clandestinement payé son prix, dans la pensée que le recours que la femme exercerait plus tard contre lui, ne le gênerait guère, puisqu'il était insolvable, la femme se trouve-

rait dépouillée de toute sûreté *réelle*, alors que les obligations personnelles de son mari et de l'acquéreur n'auraient pour elle aucune valeur, dans le cas où tous deux seraient également insolvables. Il nous paraît même certain que le sous-acquéreur pourrait payer directement aux mains du mari, sans se soucier d'obtenir l'autorisation de la femme, car ce n'est qu'au regard du premier acquéreur que le prix ne peut être valablement payé, vis-à-vis de la femme, qu'avec le consentement de celle-ci : c'est là une obligation personnelle à l'acquéreur et qui, dérogeant au droit commun, ne saurait être étendue à des tiers qui sont restés en dehors des prévisions de la loi.

Le droit de préférence, qui subsiste au profit de la femme, peut durer aussi longtemps que celui d'un créancier hypothécaire inscrit, alors qu'après la purge il est reporté sur le prix, c'est-à-dire pendant trente ans. Le projet de loi renfermait l'exercice de ce droit de préférence dans les conditions prévues par les art. 717 et 772 du C. pr. civ. M. Lacombe proposa de supprimer le renvoi à l'art. 772 et la commission sénatoriale fit la même proposition au sujet de l'art. 717, si bien, qu'en définitive, « la femme est investie d'un droit dont elle usera, dans les conditions et suivant la procédure qui lui seront indiquées par les circonstances ». C'est avec raison qu'on a fait cette suppression, car l'art. 717 vise le cas spécial de l'adjudication sur saisie immobilière et l'article 772, qui d'ailleurs est, en lui-même assez difficile à justifier, suppose nécessairement qu'une mise

en demeure a été adressée à la femme et celle-ci n'encourt une déchéance définitive qu'à raison de son insouciance. Au contraire on n'eût pas compris que dans notre hypothèse le droit de la femme fût définitivement forclos par l'expiration d'un délai de trois mois, car la renonciation de la femme étant spontanée, il convenait de se souvenir qu'une personne est toujours libre d'assigner telle limite qu'il lui plaît à la restriction qu'elle consent bénévolement de ses droits. Conformément aux principes généraux, le délai de trente ans ne commencera à courir qu'à compter de la dissolution du mariage, car jusqu'à ce moment la créance de la femme n'est pas exigible.

De toutes les questions qui se posent au sujet de la survivance de ce droit de préférence, au profit de la femme, dans l'hypothèse spéciale prévue par la loi de 1889, la plus délicate est, sans contredit, celle de savoir si ce droit est soumis à l'inscription pour la conservation de son rang. On sait que l'art. 8 de la loi de 1855, oblige en effet la veuve à inscrire son hypothèque dans l'année qui suit la dissolution du mariage, sous peine de perdre le bénéfice de son rang. La même obligation existe-t-elle, lorsque l'hypothèque légale a été, pendant le mariage, réduite à un simple droit de préférence, par la renonciation spontanée de la femme en faveur de l'acquéreur ?

On serait tenté de répondre négativement, en remarquant que la loi nouvelle, qui prévoit textuellement ce maintien du droit de préférence, ne

le soumet à aucune publicité. Ce silence paraît d'autant plus significatif que M. Boulanger demanda à la commission sénatoriale si les cessions de ce droit de préférence seraient soumises à la publicité requise par la loi de 1855 (1). Cependant comme la question de M. Boulanger resta sans réponse et que personne ne la répéta, au cours de la deuxième discussion, pour laquelle son auteur l'avait réservée, ce silence ne prouve rien, car il est bien vrai qu'en principe l'hypothèque légale de la femme se conserve sans inscription; la loi nouvelle ne s'est occupée que du cas où une femme *mariée* renonce à son hypothèque, et c'est avec raison que, dans ce cas, elle a décidé que la femme *mariée* conserve son droit de préférence sans inscription. Réduite à ces termes, cette proposition est complètement exacte, mais nous ne voyons pas comment on pourrait en tirer argument pour dispenser la veuve de toute inscription.

Il nous semble que la veuve est tenue de s'inscrire dans l'année, sous peine de perdre le rang de faveur que la loi lui accorde. Vainement objecte-t-on que le droit de préférence ne constitue pas une hypothèque et que seule l'hypothèque est susceptible d'inscription. Cet argument pourrait être critiqué, car on ne saurait nier que si le droit de préférence ne constitue pas à lui seul l'hypothèque, il en est cependant la portion la plus importante et qu'il est le but suprême au regard

(1) Séance du 6 fév. 1888. *J. Off.* 7 fév. 1888, p. 412.

duquel le droit de suite n'est qu'un moyen. Mais la doctrine fournit en outre en faveur de notre solution une raison qui nous paraît décisive ; tous les jurisconsultes, quoique divisés sur le point de savoir si un co-partageant qui n'a point inscrit son privilège dans les quarante-cinq jours, conserve son droit de préférence, sont en effet unanimes à reconnaître que, *si ce droit existe*, le co-partageant pourra s'inscrire dans l'intervalle entre le quarante-cinquième et le soixantième jour. Or, nous ne croyons pas qu'on puisse signaler, entre la situation de ce co-partageant et celle de la veuve telle que nous l'avons supposée, aucune différence ; pour tous deux il s'agit uniquement de conserver un droit de préférence qui n'est plus opposable aux tiers s'il n'est pas inscrit. L'hypothèque légale de la veuve est bien, lorsque l'année s'est écoulée « de celles dont le législateur subordonne à une inscription les effets contre les tiers, de telle sorte que, sans cette formalité, elle ne donne ni droit de suite, ni rang préférable ; il faut donc admettre l'inscription, puisqu'elle constitue pour l'intéressé le seul moyen de conserver ce qui lui reste et de rendre son titre opposable aux autres créanciers » (1). La situation de la femme, dans notre espèce, diffère grandement, on le voit, de celle qui lui est faite lorsqu'elle ne s'est point inscrite avant la transcription du jugement d'adjudication sur saisie. Dans ce dernier cas le droit de préférence et le rang qui lui est attaché,

(1) Note de M. Chavegrin, sous Cass., 6 juin 1887. § 89, l. 47.

se conservant sans aucune inscription, celle-ci serait, comme un arrêt de Riom l'a fort bien dit, une *vaine formalité*. Au contraire, dans notre espèce, l'inscription est une formalité essentielle sans laquelle la femme ne pourra se prévaloir de son droit de préférence, car l'art. 8 déclare que l'expiration du délai d'un an a pour effet de faire rentrer l'hypothèque légale dans la classe des hypothèques ordinaires.

Si cet argument décisif ne suffisait pas, on en pourrait tirer un second de ce fait qu'une personne ne peut, par son seul fait, modifier les conditions auxquelles est soumis l'exercice de son droit. Or les tiers qui, après la dissolution du mariage, contractent avec l'acquéreur, qui leur consent des hypothèques sur l'immeuble acheté, ont le droit de dire que l'art. 8 de la loi de 1855 les autorise à méconnaître l'hypothèque ne la femme qui ne s'est point inscrite dans l'année; celle-ci invoquerait vainement que son droit de préférence n'est pas susceptible d'être inscrit, il lui resterait en effet à démontrer l'exactitude de ce prétendu principe et alors même les créanciers hypothécaires pourraient lui répliquer que cette impossibilité est née de son fait et qu'elle doit supporter les conséquences de ses actes.

Enfin, il nous semble que l'art. 9 de la loi de 1855 nous fournit un argument très puissant. Comme l'a fort justement remarqué la Cour de Dijon, cet article n'a trait qu'au droit de préférence et c'est lui seul qu'il faut envisager, lorsqu'on considère les cessions successives de l'hypothèque légale. Quant

au droit de suite, il n'y a pas de rang entre les différents cessionnaires, qui ont tous un droit équivalent : tous peuvent atteindre également le bien entre les mains des tiers détenteurs, et les simples créanciers chirographaires de la femme (art. 1166), ont, à ce sujet, le même droit qu'eux. Le droit de préférence est donc seul en cause dans la subrogation au profit d'un créancier ; si ce dernier doit inscrire cette cession du droit de préférence, pourquoi l'inscription deviendrait-elle impossible dans le cas où l'art. 8 de la loi de 1855 en fait une obligation ?

Ainsi justifié au point de vue juridique, le système que nous soutenons, se recommande par de tels avantages pratiques qu'ils suffiraient à eux seuls à le faire adopter. On a déjà signalé les graves inconvénients que présentera la clandestinité du droit de préférence de la femme, pendant la durée du mariage. Soit un immeuble vendu 50.000 fr., l'acquéreur voulant emprunter de l'argent pour une somme de 30.000 fr., offre à son prêteur une garantie hypothécaire ; celui-ci, après s'être renseigné qu'aucune inscription ne grève l'immeuble, consent à prêter. Plus tard il ne sera pas peu surpris de voir surgir l'hypothèque légale de la femme qui enlèvera la totalité du prix. Quelque fâcheux que soit ce résultat, il le serait beaucoup plus encore, s'il pouvait se reproduire à un moment quelconque pendant les trente années qui suivent la dissolution du mariage de la femme ; cela serait d'autant plus regrettable, d'abord à raison de la prolongation notable de la période pendant

laquelle ces surprises seraient possibles, et en second lieu parce que l'art. 8 de la loi de 1855 autorisait les tiers à s'en rapporter désormais à la foi des registres.

Notre système nous permet aussi d'arriver à une solution satisfaisante dans le cas où la femme cède à un créancier son droit de préférence sur l'immeuble aliéné. Si on décide que la femme ne peut plus s'inscrire, on décide du même coup que l'inscription est également interdite aux cessionnaires; car, quelle que soit la forme de leur inscription, il est certain qu'ils ne font inscrire que le droit de la femme et que l'ayant cause ne peut jamais avoir plus de droit que son auteur. On en est alors réduit à recourir aux notifications de l'art. 1690 C. civ. pour régler le rang entre cessionnaires; mais qui ne voit qu'on va ainsi directement contre le but du législateur de 1855, qui se proposait de déjouer la fraude et de frapper les subrogations occultes. Tous ces dangers disparaissent dans un système qui, obligeant la veuve à inscrire son droit de préférence, oblige par là même les cessionnaires à publier les subrogations qui leur en auraient été consenties. L'art. 9 recevra ici son application ordinaire. Il nous semble même qu'une cession générale de l'hypothèque légale de la femme comprendrait certainement celle qui a été précédemment réduite à un droit de préférence; cette cession vaudra au regard de l'acquéreur par la seule inscription, tandis que dans le système adverse, le cessionnaire serait obligé de prendre une inscription, en tant que la subrogation concerner :

les autres immeubles du mari et de faire la signification exigée par l'art. 1690 C. civ., en tant que la subrogation concernerait l'immeuble vendu.

Par où l'on voit que l'acquéreur ne doit point payer son prix, sans s'informer si la femme n'a point, depuis sa renonciation, cédé à des tiers son droit de préférence ; le registre des inscriptions lui révélera les subrogations consenties. Il est important de remarquer que, dans notre opinion, la cession générale de l'hypothèque légale de la femme comprend celle du droit de préférence sur l'immeuble vendu. Cette solution entraîne des conséquences pratiques importantes ; si, par exemple, un mari est propriétaire de trois immeubles situés dans le même arrondissement et qu'au moment où la femme cède son hypothèque légale, sans restreindre cette cession à un immeuble en particulier, le mari ait vendu un de ces immeubles, l'acquéreur en faveur duquel la femme avait renoncé à son hypothèque légale, ne devra point payer son prix sans l'autorisation du subrogé. Nous ne voyons pas, en effet, sur quelle raison juridique on s'appuierait pour contester au cessionnaire général de l'hypothèque légale, la qualité de subrogé au droit de préférence de la femme sur l'immeuble vendu ; lorsqu'on acquiert un droit, on l'acquiert avec tous ses avantages et tous ses accessoires et le droit de préférence, pour n'être pas à lui seul aussi avantageux qu'une hypothèque véritable, constitue néanmoins une garantie fort précieuse. L'acquéreur ne saurait d'ailleurs se plaindre

du surcroît de prudence qu'on exige de lui, car il est certain que la femme peut céder son droit de préférence et rendre cette cession opposable à l'acquéreur, toute la question est de savoir dans quels cas et à quelles conditions une pareille cession existe à l'égard des tiers ; ce point résolu, il ne reste plus qu'à décider nécessairement que l'acquéreur ne pourra payer son prix aux mains du mari sans l'autorisation du subrogé.

Lorsque l'acquéreur veut payer son prix et qu'à ce moment la femme n'a cédé à personne son droit de préférence, le seul consentement ou le seul concours de la femme à l'acte de quittance donne à l'acquéreur toute sécurité. Cette condition est suffisante, mais elle est nécessaire, et le texte si clair de la loi de 1889 ne permet point de douter un seul instant que la femme ne puisse répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé sans son consentement. Il est certain de même qu'aucune délégation du prix, consentie par le mari, ne pourrait être opposée à la femme, si elle n'y avait donné son consentement.

Au surplus, la loi n'a-t-elle soumis la manifestation du consentement de la femme à aucune formalité, et c'est à tort, selon nous, qu'un commentateur exige qu'il soit donné dans la forme authentique (1). On dit que les prescriptions impérieuses de l'art. 9 de la loi de 1855 seraient violées, s'il fallait attribuer à un

(1) Escorbiac. Op. cit.

payement constaté par acte sous seing privé la puissance de subroger l'acquéreur à l'hypothèque légale de la femme. Il nous semble qu'il serait temps maintenant de ne plus confondre les renonciations en faveur d'un acquéreur avec les subrogations consenties à un créancier. La loi de 1889 est spéciale aux premières et elle constitue le code complet de la matière. Et on a tellement bien senti la justesse de cette observation, qu'on a cherché à justifier, par les principes de la loi nouvelle, la solution que nous critiquons ; on a dit que le droit de préférence n'est pas moins digne, qu'il est même plus digne de sollicitude que le droit de suite, car l'abdication du droit de suite laisse encore à la femme des ressources ; l'abdication du droit de préférence les lui enlève toutes.

Cet argument n'est que spécieux, car on oublie que l'extinction du droit de préférence n'est qu'une conséquence inévitable et prévue de l'extinction du droit de suite. La loi de 1889, en visant le consentement donné par la femme à la quittance totale ou partielle, ne paraît nullement supposer que cette quittance est authentique et, dès lors, il y a lieu d'appliquer le principe général qui autorise un acte sous seing privé. Bien loin d'exiger deux actes notariés, pour la complète extinction de l'hypothèque de la femme, nous pensons, au contraire, que les tribunaux devront se montrer très larges dans l'appréciation des circonstances desquelles il conviendra de faire découler l'extinction du droit de préférence. Souvent l'acqué-

reur, qui veut payer son prix, aurait mauvaise grâce à vouloir contrôler l'attestation du mari, qui lui déclarerait que sa femme l'autorise à verser son prix et en général la seule abstention de la femme qui connaîtrait l'intention dans laquelle l'acquéreur se trouve d'acquitter sa dette, devrait être considérée comme un « concours ou un consentement » suffisant. C'est le cas d'appliquer le maxime : Qui ne dit mot, consent ; et bien souvent la femme agirait frauduleusement en forçant à payer une seconde fois l'acquéreur qui s'est contenté de son abstention qu'il interprétait comme une approbation.

Sans doute l'acquéreur qui a payé devra tout au moins prouver que la femme a connu ce paiement et ne s'y est pas opposée, mais il nous paraît certain que le plus souvent, cette seule preuve démontrera l'existence d'un consentement tacite, mais très réel cependant ; toutefois, pour ne rien exagérer, il convient de dire que l'acquéreur voulant payer son prix, fera bien de ne pas se contenter de ce silence, car il peut être difficile, dix ou quinze ans plus tard, de prouver que la femme a connu le paiement au moment où il allait être effectué. Celle-ci serait même parfois fondée à prétendre que si elle a gardé le silence, c'est uniquement parce que cette conduite n'avait rien que de tout à fait naturel : « En effet, dirait-elle à l'acquéreur, je n'avais rien à vous dire, puisque vous ne m'avez rien demandé ; je vous ai laissé payer, mais, je n'étais pas en droit de vous empêcher de le faire, puisqu'un acheteur est toujours

libre d'acquitter son prix : seulement, il était entendu que mes droits restaient intacts. »

Cette argumentation de la femme ne nous paraîtrait admissible qu'au cas où les époux auraient abandonné la vie commune ou, du moins, vivraient en mésintelligence. Autrement, il est peu vraisemblable que la femme ait eu cette pensée, au moment où le paiement s'effectuait, car une femme ne se propose pas volontiers de soumettre son mari à un recours en garantie. Plus tard, il est vrai, à l'époque de la dissolution de la communauté, à un moment où le mari est insolvable (ce qu'il faut supposer pour que cette discussion prenne de l'intérêt) la femme se soucierait peu de soumettre son mari à un tel recours, qu'elle sait illusoire, et il se pourrait même que le mari fût le premier à l'engager dans cette voie, mais il ne faut pas oublier que la question est seulement de savoir si, au moment du paiement, la femme qui l'a connu, ne l'a pas autorisé par son silence. Or, je dis que cela est très vraisemblable et que le juge trouverait le plus souvent dans les circonstances de la cause des présomptions graves et concordantes qui devraient le porter à le décider ainsi.

Ceci démontre que l'acquéreur qui paye son prix, entre les mains du mari, sans avoir obtenu, au préalable, le consentement formel de la femme ne se trouve pas nécessairement exposé à payer une seconde fois ; sans doute, il eût dû être plus prudent et ne pas interpréter si aisément comme un acquiescement un silence qui pouvait recevoir une autre expli-

cation, mais il ne faut pas confondre la difficulté de prouver un droit avec l'absence de droit.

Nous en aurions terminé avec les effets du droit de préférence, au profit de la femme, si nous ne voulions examiner une hypothèse spéciale qui nous paraît particulièrement intéressante. Soit un immeuble vendu 50.000 francs ; l'acquéreur qui a obtenu de la femme une renonciation à son hypothèque, a même payé son prix, avec son autorisation ; plus tard il est poursuivi hypothécairement par des créanciers auxquels le mari avait consenti des hypothèques : sur leurs poursuites, l'immeuble est vendu 100.000 francs. A qui reviendra l'excédent sur le premier prix de vente. L'acquéreur prélèvera les 50.000 francs pour lesquels il a été, ainsi que nous le verrons dans un instant, subrogé de plein droit à l'hypothèque de la femme ; mais la loi elle-même nous informe que cette subrogation n'a lieu que jusqu'à due concurrence du prix ; il nous semble donc impossible d'attribuer aussi à l'acquéreur la somme de 50.000 francs qui forme l'excédent. Dans ces conditions, nous croyons que la femme pourra se faire adjuger cette somme par préférence aux autres créanciers, car ils sont restés étrangers à l'acte de renonciation et ils ne sauraient se prévaloir d'une extinction de l'hypothèque légale qui n'est point intervenue en leur faveur. Cette solution est intéressante, dans le cas où la femme s'est portée garante, caution ou venderesse, car alors, l'acquéreur ayant un recours en

garantie contre la femme, la forcera à verser entre ses mains les 50.000 francs qu'elle aura touchés, à moins qu'il ne soit obligé de partager cette somme avec les autres créanciers de la femme. Lorsque celle-ci a simplement renoncé à son hypothèque légale, sans prendre aucune qualité au contrat, il ne nous paraît pas que l'acquéreur puisse agir contre elle, en prétendant que, puisqu'elle a renoncé en sa faveur à son hypothèque, elle doit au moins lui remettre toutes les sommes que l'exercice de cette hypothèque lui a procurées. Cette prétention serait spécieuse, mais la femme répondrait à bon droit, qu'elle n'a renoncé à son hypothèque qu'en tant que celle-ci eût pu nuire à l'acquéreur, mais que, dans l'espèce, elle ne lui a causé aucun préjudice, puisque les créanciers hypothécaires postérieurs en rang, auraient fait à sa place ce qu'elle a fait elle-même.

Le paiement fait par l'acquéreur du consentement de la femme produit des effets quelque peu différents suivant que l'immeuble vendu est ou n'est pas grevé d'hypothèques postérieures en rang à celles de la femme. Dans le second cas le droit de préférence qui existait au profit de celle-ci disparaît définitivement car il ne peut plus produire d'effets utiles au profit de qui que ce soit. Dans le premier cas, au contraire, il est une personne qui éventuellement peut avoir grand intérêt à l'invoquer ; cette personne n'est autre que l'acquéreur. On comprend aisément que la renonciation de la femme ne doit pas plus nuire aux tiers que leur profiter et que par suite elle laisse intacts les

droits hypothécaires des autres créanciers inscrits. Ces derniers ont le droit, après comme avant la vente, de réaliser leur gage hypothécaire et, ce jour-là, l'acquéreur risquerait à la fois de perdre l'immeuble et son prix d'acquisition, si la subrogation au droit de la femme ne lui assurait au moins de rentrer dans ses déboursés.

Le § 5 *in principio* de la loi de 1889 est ainsi conçu :

« Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang. »

Quoi qu'on ait dit, cette subrogation ne diffère en rien de la subrogation légale prévue par l'art. 1251, 2^o C. civ. On a cru trouver une différence dans ce fait que le paiement est reçu dans notre espèce par un autre que par le créancier. Il ne nous semble pas qu'il y ait là une circonstance intéressante au point de vue juridique, car payer à Pierre du consentement de Paul équivaut à payer à Paul lui-même ; il n'y a pour nous aucun doute que la subrogation prévue par l'art. 1251 C. civ. ne se produise également, dans le cas où l'acquéreur, au lieu de payer son prix au créancier hypothécaire, le verserait entre les mains de son vendeur du consentement dudit créancier.

Ce que nous voulons remarquer immédiatement, c'est que la loi de 1889 ne distingue pas deux sortes de renonciations au profit de l'acquéreur ; il n'y en a qu'une seule dont les effets peuvent, à la vérité, varier quelque peu suivant les circonstances. Nulle part la loi n'emploie les expressions de renonciation extinctive ou de renonciation subrogative et son point de départ est toujours vrai, à savoir que la renonciation emporte purge. Sans doute, il est des cas où l'acquéreur a intérêt à succéder au droit de préférence de la femme, mais dans ce cas-là même l'opération *ne ressemble en rien à la renonciation subrogative prévue par la loi de 1855*. Le cessionnaire de l'hypothèque légale a pour but de se garantir contre l'insolvabilité de son débiteur ; l'acquéreur d'empêcher les créanciers hypothécaires de percevoir un bénéfice auquel ils n'ont pas droit ; les premiers s'arment pour l'attaque, le second pour la défense ; ceux-ci en exerçant leur droit expulseront le détenteur, l'acquéreur cherche au contraire à décourager par avance ceux qui voudraient l'attaquer. Tout est donc différent, dans ces deux opérations, et nous ne pouvons comprendre comment, avant la loi de 1889, la doctrine était à peu près unanime à soumettre aux formalités de l'art. 9 de la loi 1855, les renonciations subrogatives au profit de l'acquéreur. Nous l'avons déjà dit une fois, il est impossible d'assimiler le cas de subrogation légale, prévue par l'art. 1251, 2^e, à une cession d'hypothèque, et au surplus, cette prétendue subrogation dont bénéficie l'acquéreur n'est que l'ap-

plication raisonnable de la règle *res inter alios acta aliis neque prodesse, neque nocere debet*. L'acquéreur, à proprement parler, n'acquiert point étendue un droit, il l'empêche de s'éteindre, parce qu'une extinction absolue lui serait préjudiciable.

Succédant au droit de préférence de la femme, l'acquéreur, semble-t-il, ne commet aucune imprudence en payant son prix aux mains du mari, sans s'inquiéter des inscriptions hypothécaires, car il est toujours assuré de recouvrer son prix d'acquisition. Malheureusement, ce n'est là qu'une illusion, et il nous faut rechercher quel est le montant de la somme pour laquelle l'acquéreur est subrogé au droit de la femme. Le prix d'achat est en effet le maximum de la somme pour laquelle l'acquéreur est subrogé, mais ce n'est point là un taux invariable et il existe un minimum, lequel peut même descendre jusqu'à zéro.

Pour justifier cette conclusion, il suffit de rappeler qu'un ayant cause ne saurait avoir plus de droits que son auteur, et que, toute hypothèque supposant une créance, l'acquéreur ne saurait être valablement subrogé à l'hypothèque légale de la femme, dans le cas où il n'existe au profit de celle-ci aucune créance contre son mari.

Pour évaluer la créance de la femme, on serait au premier abord tenté de se placer au moment de la dissolution du mariage, c'est-à-dire à l'époque où cette créance ne peut plus subir d'augmentation ni de diminution. Cependant une telle manière de procéder conduirait bien souvent à des résultats inexacts ; un

exemple le fera saisir : Soit un immeuble vendu 50.000 francs, à ce moment la créance de la femme n'est que de 30.000 francs, mais plus tard, elle s'élève définitivement, à l'époque de la dissolution du mariage, à 60.000 francs, par suite d'une donation faite à la femme. Si l'on s'en tenait à ce chiffre, on déciderait que l'acquéreur a été valablement subrogé pour tout le montant de son prix d'achat, puisque la créance de la femme est supérieure à ce prix et cependant il faut décider que cette subrogation ne vaut que pour 30.000 francs. L'hypothèque légale de la femme, à raison des successions ou donations qui lui échoient, ne remonte point au jour du mariage et ne prend rang qu'au jour de la dévolution de la succession ou de la donation; dès lors, elle n'a pu atteindre un immeuble qui était antérieurement sorti du patrimoine du mari. On avait essayé de dire qu'il ne pouvait dépendre du mari de diminuer les sûretés accordées par la loi à la femme et que, par suite, le prix de l'immeuble était substitué à ce dernier et frappé comme tel de toutes les hypothèques qui auraient atteint l'immeuble, s'il se fût trouvé dans le patrimoine du mari. De nombreux arrêts de la Cour suprême et des Cours d'appel ont repoussé cet argument spécieux, en décidant qu'il est toujours possible d'évaluer, au moins conditionnellement, la créance de la femme; or il était absolument impossible de le faire dans l'opinion adverse, puisqu'une femme peut être appelée à recueillir une succession d'une importance variable. Sans doute ces décisions ne sont intervenues que sur des espèces où

il s'agissait de sauvegarder les intérêts de l'acquéreur, exposé aux poursuites de la femme ou de ses créanciers, et actuellement il semble que nous soyons mal venus à retourner ces arrêts contre lui. Cependant cette conséquence est fatale, car l'acquéreur subrogé ne pouvant avoir plus de droit que son cédant, ne peut évidemment invoquer contre ses adversaires des droits plus étendus que ceux qu'invoquerait la femme contre eux, si elle n'avait pas renoncé à son hypothèque. Ceci montre que dans l'espèce que nous avons choisie, l'acquéreur ne pourrait prélever que 30.000 francs et que les autres créanciers hypothécaires recevraient selon leur rang 20.000 francs, qui représenteront exactement la perte subie par l'acquéreur.

Est-ce à dire que la créance de la femme doit toujours être calculée d'après sa quotité certaine au moment de l'aliénation, sauf, bien entendu, à tenir compte des diminutions qui pourraient l'affecter postérieurement et même l'anéantir. En aucune façon, car il est certaines créances qui, bien qu'elles ne naissent qu'à une date postérieure à l'aliénation, seront cependant garanties par une hypothèque qui prend rang au jour même du mariage : ceci a lieu dans plusieurs cas, par exemple lorsque le contrat de mariage stipule pour la femme un gain de survie, une faculté de reprendre son apport ou tout autre droit éventuel, ou encore stipule que, tel immeuble de la femme sera vendu, et que le mari restera débiteur du prix envers la femme. Ces créances devront entrer en ligne de

compte, bien que l'événement qui leur donne naissance soit postérieur à l'aliénation ; en effet, elles ont pu être prévues, elles ont même dû l'être, puisque le contrat de mariage avertissait les tiers de leur existence éventuelle.

Faudrait-il donc conclure que pour calculer la créance de la femme, il y ait lieu de tenir compte de toutes celles garanties par une hypothèque remontant au jour du mariage ? Pas davantage ; une seconde condition est nécessaire et il faut que tout au moins ces créances aient pu être prévues et envisagées comme possibles au moment de l'aliénation. Cette condition n'est pas remplie, lorsque le mari commet des fautes dans l'administration des biens personnels de la femme, les laisse dépérir faute de réparations, d'entretien, omet de faire transcrire une donation faite à la femme, laisse s'accomplir une prescription contre elle. Or, l'hypothèque légale garantissant la créance de la femme à raison de tous ces faits, remonte cependant au jour du mariage (Cass., 16 mai 1865. D. 65, 1, 265). « Attendu que les droits conservés par l'hypothèque légale peuvent toujours être fixés au moment où il s'agit de distribuer le prix d'un bien propre au mari et aliéné par lui durant le mariage ; que la femme ne peut être dispensée de justifier du montant de ses créances alors existantes, sous prétexte que des droits nouveaux peuvent s'ouvrir à son profit, par suite d'événements ultérieurs. » (Req., 21 juillet 1847) (1).

(1) Conf. Agen, 17 déc. 1866. D. 67, II, 56 ; Nancy, 22 mai 1869. D. 69, II, 201.

On le voit, il faut pour évaluer le montant de la somme pour laquelle vaudra la subrogation dont bénéficie l'acquéreur, faire des distinctions parfois délicates; il nous semble qu'on pourrait les résumer toutes en disant que l'acquéreur qui paye son prix du consentement de la femme est subrogé pour une somme dont le maximum est déterminé à la fois par le montant du prix d'achat et le montant total des créances de la femme à la dissolution du mariage, en ne comprenant parmi ces créances que celles qui ont une cause antérieure à la transcription de l'acte d'aliénation ou qui, ayant une cause postérieure, sont du moins garanties par une hypothèque prenant rang au jour même du mariage et étaient éventuellement stipulées par les clauses du contrat de mariage. Cette formule n'est certes pas exempte de complication, mais il nous semble que ces propositions découlent rationnellement de la combinaison des principes généraux.

En résumé, l'acquéreur qui achète un immeuble grevé d'hypothèque, doit ne verser son prix entre les mains du mari, qu'en exigeant une caution en garantissant le remboursement aux créanciers inscrits, pour le cas où la créance de la femme se trouverait inférieure au montant de ce prix ou même aurait cessé d'exister; il ne suffit point à l'acquéreur de s'assurer qu'au moment où il paye son prix la femme est effectivement créancière de son mari pour une somme au moins égale à ce prix. De même, les créanciers inscrits contre lesquels l'acquéreur se prévaudrait

du droit de préférence qui subsiste à son profit pour prélever avant eux une somme égale à son prix d'achat, pourraient certainement l'obliger à fournir une caution leur assurant le remboursement qui leur serait dû, en cas de diminution de la créance de la femme contre son mari. Cette subrogation, dans laquelle l'acquéreur mettrait à tort sa confiance, risque donc de n'être en définitive qu'une apparence trompeuse; aussi l'acquéreur agirait plus sagement en se faisant autoriser par la femme à verser son prix entre les mains des créanciers inscrits; lorsque cette somme est suffisante pour les désintéresser tous, il consolide ainsi définitivement la propriété sur sa tête. Si le prix ne suffit pas à désintéresser les créanciers inscrits, la procédure d'ordre est beaucoup plus sûre; car de deux choses l'une; ou bien ceux-ci consentiront à ce que la femme soit colloquée conditionnellement, en prenant leurs sûretés, ou ils refuseront leur consentement, auquel cas l'acquéreur en sera réduit à consigner, mais du moins il ne sera pas exposé à payer deux fois. Même alors la renonciation de la femme n'a pas été sans utilité pour l'acquéreur, puisqu'elle lui épargne les longues formalités de la purge légale, rendue inutile par l'impossibilité où se trouve la femme de surenchérir.

Au surplus, il convient de bien déterminer les dangers auxquels l'acquéreur s'expose en acquittant son prix entre les mains du mari et en laissant son immeuble grevé d'hypothèques qu'il espère primer en sa qualité de subrogé aux droits de la femme, il

ne faut point les exagérer. Sans doute nous avons repoussé l'opinion de certains auteurs, pour lesquels le sort de la subrogation ne peut dépendre des actes que la femme peut accomplir, ou du parti qu'elle ou ses héritiers peuvent prendre. Pour ceux-là, aucun acte de la femme ne peut diminuer ou anéantir l'effet de la subrogation antérieurement consentie.

Si cette conclusion nous paraît inexacte, il n'en faut pas conclure que la femme puisse, par caprice ou mauvais vouloir, anéantir les effets de la renonciation consentie. Toutes les fois que l'acquéreur aura juste sujet de penser que l'acte de la femme diminuant sa créance contre son mari ou l'éteignant même, est dicté par des motifs étrangers à son véritable intérêt, il pourra l'attaquer comme frauduleux et le faire tenir comme inexistant à son égard.

Après tout, il ne faut pas oublier que la liquidation de la communauté et le paiement qui en est la suite éteignent définitivement la créance de la femme contre son mari. Supposons donc qu'un acquéreur ait acheté du mari un immeuble pour un prix de 30.000 francs ; quoique cet immeuble fût grevé d'hypothèques, l'acquéreur a payé son prix entre les mains du mari, en se reposant sur la subrogation que lui consentait la femme dans son hypothèque : cinq ans après la dissolution de la communauté et alors que la liquidation de celle-ci a définitivement établi les dettes réciproques des époux et qu'un paiement intégral a suivi ce règlement, un des créanciers inscrits sur l'immeuble vendu poursuit l'acquéreur et lui

adresse les mots sacramentels : « Payez ou délaissez. » L'acquéreur ne pourra certainement se faire attribuer sur le prix et par préférence une somme égale à celle pour le montant de laquelle il a été autrefois subrogé à l'hypothèque de la femme, cette dernière n'est plus en effet créancière et son droit hypothécaire n'a pu survivre à sa créance. L'ayant cause ne pouvant avoir plus de droit que son auteur, l'acquéreur n'aura d'autres ressources que de réclamer au mari le remboursement de son prix, ressource illusoire peut-être, à moins toutefois que d'autres immeubles hypothéqués à la même date ne soient encore en la possession du mari vendeur, auquel cas l'acquéreur pourrait invoquer le bénéfice de l'art. 2170 C. civ. Quant à la femme, elle échappe complètement à toute réclamation de la part de l'acheteur qui aurait mauvaise grâce à lui reprocher d'avoir éteint sa créance et supprimé, par voie de conséquences, un des effets de sa renonciation à son hypothèque légale. Elle n'a certes commis aucune fraude, en recevant à la dissolution de la communauté le paiement de ce qui lui était dû, et, en renonçant à son droit hypothécaire en faveur de l'acquéreur, elle n'avait pris aucun engagement de laisser substituer indéfiniment sa créance. On peut citer à ce propos l'espèce suivante qui nous est fournie par la jurisprudence : deux époux moururent à peu de distance l'un de l'autre, leurs enfants communs acceptèrent purement et simplement leur succession ; les créances de la femme contre son mari se trouvèrent éteintes par confusion et leur

extinction eut pour effet de rendre vaine une subrogation consentie par la femme à un créancier du mari (Orléans, 16 mars 1849).

Toutes ces restrictions au droit de l'acquéreur subrogé résultent de cette idée que l'ayant cause ne saurait avoir plus de droits que l'auteur dont il tire ses droits. Développant une dernière conséquence de ce principe un commentateur estime que la subrogation à l'hypothèque légale ne peut être invoquée par l'acquéreur, à l'encontre des créanciers inscrits, que dans le cas où il n'existe pas dans la communauté de l'argent ou des meubles en valeur suffisante pour désintéresser la femme (1). On voit immédiatement à quelle conséquence conduit cette application de l'article 1571 C. civ. ; il ne suffirait plus à l'acquéreur de prouver que la créance de la femme contre son mari, créance que nous supposons exister encore à la dissolution du mariage, l'autorise à se prévaloir du droit hypothécaire auquel il a été subrogé, il faudrait encore que les valeurs mobilières, se trouvant dans la communauté, fussent insuffisantes pour solder le montant de ses reprises. Il y aurait là une chance de plus pour l'acquéreur de voir réduire à néant les effets d'une subrogation à laquelle il a fait foi, péril d'autant plus grand que les valeurs mobilières composent bien souvent à elles seules l'actif d'un grand nombre de communautés entre époux.

Cette interprétation de l'art. 1471 C. civ. nous

(1) Escorbiac. Op. cit.

semble inexacte : cet article a voulu favoriser la femme, (on discute au sujet de l'extension de cette faveur au mari), mais il n'a nullement restreint son droit : le législateur ne dit pas que la femme ne peut faire vendre les immeubles pour se faire payer, que si elle a constaté l'insuffisance des meubles : la loi ne formule rien de pareil, elle a un tout autre but : dérogeant au droit commun en ce qu'elle promet au créancier de s'attribuer en nature des biens dont il est copropriétaire et que pour cette raison même il doit préférer conserver, elle indique les conditions auxquelles sera soumis l'exercice de ce droit exceptionnel. Et comme on est toujours libre de renoncer à une faveur, la femme peut, il nous semble, exiger un paiement en argent, et pour l'obtenir faire vendre telle partie du patrimoine commun qu'il lui convient et dans cette seconde hypothèse, elle bénéficie des mêmes droits que tout autre créancier. Or, aucun texte n'oblige un créancier à saisir d'abord les meubles de son débiteur à moins que celui-ci ne soit mineur (art. 2206 C. civ.). Il faut donc conclure que l'acquéreur peut faire à la place de la femme l'option que la loi accorde à cette dernière, et elle aurait mauvaise grâce à contester ce droit car elle agirait alors frauduleusement.

Ce dernier péril écarté, on voit cependant, par l'étude des différentes hypothèses que nous avons énumérées, combien un acquéreur doit se sentir peu porter à verser son prix entre les mains du mari, puisque la subrogation à l'hypothèque de la femme

ne lui donne pas la certitude de rentrer dans ses déboursés. Bien des événements peuvent empêcher cette subrogation de produire son effet et l'insolvabilité du mari rendrait tout recours de l'acquéreur vain et inefficace. On ne saurait trop insister sur ce point, car le législateur semble, au moins par ses réticences, encourager l'acheteur à suivre cette voie. Heureusement l'assistance du notaire ne lui fera pas défaut ; sans doute sa présence n'est pas si nécessaire puisque nous n'avons pas admis que le concours de la femme à la quittance ou son consentement dût nécessairement être contenu dans un acte authentique ; mais il arrive fréquemment que le prix est payé comptant et dans ce cas, le notaire prendra les précautions nécessaires s'il n'est point payé comptant, du moins l'acheteur aura vraisemblablement été averti des garanties dont il devra s'entourer à l'époque du payement.

Le § 5 de la loi de 1889 se termine ainsi : « Mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme, *sur d'autres immeubles du mari*, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe premier du présent article. » Ce texte semble, au premier abord, d'une clarté limpide et cependant nous reconnaitrons bientôt avec un commentateur que « ce paragraphe est destiné à devenir, pour la doctrine, un vrai champ de bataille et pour les hommes d'affaires une mine inépuisable de procès. »

Pour le comprendre, il convient de rappeler que

M. Lacombe qui proposa ce paragraphe, par voie d'amendement, s'exprime ainsi : « Si l'on admet que la loi sera applicable également au cas où il y a, outre la femme, d'autres créanciers hypothécaires, je dis qu'il serait impossible d'admettre le système de la commission, que la formalité de la transcription serait absolument insuffisante, que l'on arriverait à ce résultat inadmissible : un créancier qui n'aurait pas pris les précautions spéciales édictées par l'art. 9 de la loi de 1855 se trouverait préférable à ceux qui se seraient conformés à cet article et auraient rempli les formalités qu'il leur impose, et cela non pas seulement sur le prix de l'immeuble vendu, mais par suite d'une action réflexe en quelque sorte sur le prix même des autres immeubles du mari. »

Ces paroles sont fort obscures ; cependant il est certain que M. Lacombe visait les créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme et voulait prévenir un conflit entre eux et l'acquéreur. Cela est fort bien, mais il se trouve pourtant que ce conflit ne peut jamais se produire ; il n'y a, en effet, que deux situations possibles ; ou bien les créanciers subrogés ont publié leur titre antérieurement au paiement effectué par l'acquéreur, et alors celui-ci a été imprudent en ne demandant point l'autorisation de payer à ceux qui avaient seuls qualité pour la lui donner, ou bien ils ne l'ont point publié et alors l'acquéreur est valablement subrogé au droit de préférence qui survivait au profit de la femme. Dans ce cas, aucun conflit ne peut naître entre lui et le créancier qui serait ultérieure-

ment subrogé à l'hypothèque de la femme, car ils suivent chacun une route parallèle et leur droit atteint des immeubles différents. Il est clair, en effet, que l'acquéreur ne peut prétendre exercer son droit de préférence sur d'autres immeubles que sur celui-là même qu'il a acquis, et il ne lui servirait à rien d'être investi d'un droit plus étendu, car il ne faut pas oublier qu'il n'est créancier de personne et qu'il se propose seulement de conjurer les désastreux effets d'une poursuite hypothécaire; les autres créanciers subrogés, dont le titre est postérieur au paiement fait du consentement de la femme, ont été subrogés dans l'hypothèque légale sur les immeubles du mari, *excepté* sur celui qui avait été aliéné. Aucune collision n'est possible entre eux et l'acquéreur, pas plus qu'elle n'est possible entre deux créanciers dont l'hypothèque porte sur des immeubles différents. On ne saurait trop insister sur ce point, puisque la loi nouvelle a décidé que la renonciation de la femme en faveur de l'acquéreur emportait purge et a maintenu à son profit un droit de préférence qui ne subsiste que jusqu'au moment précis où elle autorise l'acquéreur à verser son prix, il est incontestable que la transcription de la renonciation éteint son droit de suite comme le paiement effectué de son consentement anéantit son droit de préférence; son hypothèque est donc radicalement éteinte en ce qui le concerne et elle ne peut transmettre à d'autres un droit qu'elle n'a plus.

M. Lacombe se préoccupait donc d'un conflit ch

mérique lorsqu'il proposait l'amendement suivant : « Le concours de la femme ou son consentement au paiement total ou partiel du prix, emporte au profit de l'acquéreur et à due concurrence, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs, subrogation à l'hypothèque légale, *mais seulement sur l'immeuble*, et à charge par lui de se conformer aux prescriptions du § 1^{er} du présent article. »

Peut-être, la commission s'aperçut-elle de l'inutilité de cette disposition ; ce qui est certain, c'est que sous prétexte d'adopter cet amendement, elle en proposa un autre aussi différent dans la forme qu'au fond, qui fut adopté. « Et comme il ressort clairement qu'on a été d'accord, dans la Commission et au Sénat, pour faire droit à la proposition Lacombe, il est clair qu'on a dit en définitive le contraire de ce qu'on voulait dire » (1).

Les paroles de M. Merlin ne laissent aucun doute à ce sujet : « L'acquéreur, dit-il, exercera vis-à-vis des créanciers inscrits le droit de priorité que possédait la femme ; il les écartera jusqu'à concurrence du prix ou de la portion du prix qu'il aura payé et par suite, la renonciation de la femme à son hypothèque légale, lui profitera réellement. La subrogation dans ce cas peut s'accomplir de plein droit et sans aucune formalité de publicité, le contact intervenu entre la femme et l'acquéreur ne modifiant pas la situation des créanciers inscrits. Il est un cas cependant où la condition

(1) Tissier. Op. cit.

de publicité exigée par le premier paragraphe de l'art. 9 devra être imposée à l'acquéreur ; c'est celui où l'hypothèque légale de la femme grève d'autres immeubles du mari, que l'immeuble vendu avec le concours de la femme. La femme alors reste libre de traiter avec les tiers de cette hypothèque à laquelle elle n'a pas renoncé ; elle peut la céder ou y subroger ; mais on comprend que la créance, que l'hypothèque générale était destinée à garantir, se trouve réduite de la somme représentant le prix ou la portion du prix de l'immeuble vendu, au paiement duquel elle a consenti, et que dès lors elle ne peut, sans tromper le tiers avec lequel elle traitera, lui céder une garantie correspondant à ce qui lui reste effectivement dû sur sa créance. Mais comment le tiers sera-t-il averti de la situation. si ce n'est par l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par le § 1^{er} de l'art. 9. »

Ce commentaire du texte adopté pour deux choses : d'abord ces mots « paragraphe premier du présent article » visent l'art. 9 de la loi de 1855, dont la loi nouvelle n'est que la suite ; en second lieu le législateur s'est préoccupé, dans cette partie de la loi nouvelle, d'informer les tiers postérieurement subrogés de cette diminution dans la créance de la femme. Eh bien ! cette préoccupation nous paraît tout aussi chimérique que celle qui avait auparavant inquiété M. Lacombe. Ainsi qu'on l'a fort bien dit, les reprises de la femme ne sont point diminuées par le paiement fait au mari de son consentement : ce paiement qui est consenti au débiteur, en présence du créancier,

peut diminuer les sûretés de ce dernier, il ne diminue pas sa créance (1). Il faut même aller plus loin et dire que, lors même que l'acquéreur aurait exercé le droit de priorité de la femme pour prélever son prix à l'encontre des créanciers hypothécaires, la créance de reprises de la femme ne sera point diminuée (2). Il est impossible qu'elle le soit, puisqu'en fait la femme n'a rien reçu. Lorsqu'un créancier subrogé exerce le droit de la femme, il ne diminue point sa créance de reprises, pour la bonne raison que la femme acquiert au moment même où elle subroge un créancier une créance égale contre son mari, créance conditionnelle dont l'existence n'est définitive que si le subrogé fait usage de la garantie qui lui a été cédée. Il n'est pas exact de dire, ainsi qu'on l'a fait bien souvent, qu'en se servant de l'hypothèque à laquelle il a été subrogé, le cessionnaire diminue la créance du cédant. Soient par exemple deux créanciers : l'un Pierre a été subrogé en 1885 pour 30.000 francs sur l'immeuble A, l'autre Paul, en 1887, pour même somme sur l'immeuble B ; si Pierre exerce en 1889 l'hypothèque qui lui a été cédée, la créance de la femme, que nous supposons définitivement arrêtée à la somme de 40.000 francs, n'a pas été diminuée de 30.000 francs, en sorte que la subrogation consentie à Paul ne vaudrait plus que pour 10.000 francs, car la femme acquiert, au moment même où elle cautionne son mari ou augmente son crédit, une créance égale à la somme pour laquelle

(1) Tissier. Op. cit. V. cap. Didier.

(2) Contra Tissier.

elle consent la cession de son droit hypothécaire. S'ensuit-il que la situation de Paul n'ait été nullement modifiée par l'action de Pierre ? Pas tout à fait, mais cette modification est peu importante : pour la saisir il faut supposer qu'en 1884, par exemple, l'immeuble B avait été grevé par le mari d'une hypothèque pour une somme de 50.000 francs : Paul eût été préférable à ce créancier hypothécaire s'il eût pu invoquer l'ancienne créance de la femme qui était garantie par une hypothèque antérieure, mais celle-ci ne vaut plus que pour 10.000 francs par suite de l'action de Pierre, le surplus est représenté par la créance née au profit de la femme au moment où elle a subrogé Pierre ; mais alors cette créance qui naît en 1885, sera garantie par une hypothèque qui ne prendra rang qu'à cette date et Paul ne primera plus le créancier inscrit que pour 10.000 francs, celui-ci ayant pour le surplus une hypothèque plus ancienne d'une année. Tout cela est fort subtile et cependant c'est à cela que se réduit l'influence réflexe des subrogations les unes sur les autres, lorsqu'un cessionnaire vient à en faire usage. Cette éventualité existe en vérité au cas de renonciation en faveur de l'acquéreur, mais elle peut aussi bien se retourner contre lui et jusqu'ici elle n'a pas été considérée comme susceptible d'être publiée. La même situation se retrouve sous la loi de 1855 et il peut fort bien arriver qu'un créancier subrogé sur un immeuble A nuise ainsi indirectement à un autre qui l'aurait été *antérieurement* sur l'immeuble B. On ne peut remédier à ce danger. Le voulût-on en appli-

quant littéralement la loi de 1889, qu'on se heurterait à un obstacle décisif, l'absence de sanction. Nous avons démontré qu'un conflit ne peut se produire entre l'acquéreur et les cessionnaires de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles ; par suite, ces derniers ne pourraient se prévaloir vis-à-vis du premier pour l'évincer de l'inobservation des règles de publicité prescrites par la loi (1). Quant à ouvrir à ceux-ci un recours contre l'acquéreur, en vertu de l'art. 1382 C. civ., il n'y faut pas songer, car le registre des inscriptions n'a été considéré jusqu'ici que comme un moyen d'avertir les tiers contre lesquels on se propose d'exercer un droit, et il ne faut pas se lasser de le répéter, aucun conflit n'est à redouter entre l'acquéreur et les cessionnaires postérieurs de l'hypothèque légale.

Ceux-ci peuvent toujours se renseigner et savoir si la femme a concouru au payement et on ne voit pas comment ce concours leur est plus préjudiciable que toute opération, telle qu'un payement ou un emploi dont l'effet serait de diminuer la créance même de la femme et que cependant personne jusqu'ici n'a considéré comme susceptible d'être publié.

Les paroles de M. Merlin que nous avons rapportées plus haut indiquent une solution importante ; l'acquéreur n'a pas besoin d'avoir fait inscrire sa subrogation, que le concours de la femme au payement lui confère, pour s'en prévaloir à l'encontre des créanciers hypothécaires sur l'immeuble vendu. Un commenta-

(1) Tissier. Op. cit.

teur (1) a pourtant contesté cette décision, mais à notre avis elle résulte formellement de l'ensemble de la loi et des travaux préparatoires. La déclaration du rapporteur prend une importance qu'on ne peut méconnaître, lorsqu'on se rappelle que M. Clément s'était auparavant nettement prononcé en faveur de la nécessité de cette inscription et d'une double publicité. La loi de 1889 ne soumet à aucune inscription les effets du payement auquel la femme a concouru et il ne faut pas la compléter malgré elle, quand elle ne présente point de lacune.

(1) V. Escorbiac. Op. cit.

CONCLUSION

Cette tendance est d'autant plus fâcheuse qu'elle serait de nature à compromettre gravement l'œuvre du législateur. L'idée fondamentale, sur laquelle la loi de 1889 repose tout entière, est celle-ci : les renonciations de la femme à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur sont profondément différentes de celles qu'elle consent à un créancier, et cette différence subsiste pleinement dans le cas même où l'acquéreur se prévaut du droit de la femme à l'encontre des créanciers hypothécaires inscrits sur son immeuble. Cette idée nous paraît très exacte au point de vue juridique et c'est pour avoir méconnu cette vérité que l'application de la loi de 1855 en notre matière produisit des effets si regrettables.

Il faut également savoir gré au législateur de s'être contenté d'un mode de publicité simple et peu contenu et qui cependant sauvegarde pleinement les intérêts de tous. On peut seulement regretter que la renonciation tacite de la femme ne puisse résulter que de certaines qualités prises par celle-ci dans l'acte de vente. Il y a là une restriction fâcheuse au pouvoir souverain d'appréciation du juge. Enfin il y aurait eu

tout profit à retrancher la dernière proposition du § 5, car il est à craindre que faute d'en pouvoir trouver une application raisonnable, plusieurs ne soient tentés de lui donner une portée aussi peu juridique que contraire à l'intention formelle du législateur.

Certes la loi du 13 février 1889 eût pu être meilleure; telle qu'elle est, elle rendra cependant de grands services aux praticiens qui l'attendaient depuis longtemps.

POSITIONS

PRISES DANS LA THÈSE

I. DROIT ROMAIN

I. — La femme peut *ex post facto* et en observant certaines formalités, renoncer à se prévaloir de l'exception du Sénatus-consulte Velleïen.

II. — La femme peut renoncer à un droit de gage ou d'hypothèque : mais elle ne peut renoncer à son rang en faveur d'un créancier de son débiteur.

III. — La femme ne peut renoncer à son *privilegium dotis*, ni le transmettre à un tiers.

IV. — La propriété des biens dotaux n'a jamais cessé, même sous Justinien, d'appartenir au mari.

V. — A l'époque classique, le concours de la femme, à l'aliénation du fonds dotal, emporte implicitement renonciation à l'hypothèque dont ce fonds a pu être grevé à son profit.

VI. — La femme ne peut demander en justice la restitution de sa dot, sans le consentement de son père, au moment de *litiscontestatio* : la réciproque est vraie.

II. DROIT CIVIL

I. — Toute personne intéressée peut se prévaloir de la nullité d'une renonciation de la femme à son hypothèque légale, contenue dans un acte sous seing privé.

II. — Lorsque la femme s'est, dans un acte sous seing privé, portée garante ou caution de la vente consentie par son mari, ni elle ni ses créanciers chirographaires ne peuvent expulser l'acquéreur, par l'exercice de son action hypothécaire.

III. — La femme pourrait renoncer à son hypothèque dans un acte de vente passé par un maire ou un préfet, en la forme administrative.

IV. — La transcription de l'acte de vente n'empêche point la femme, qui cède son hypothèque légale à un tiers, de transmettre à celui-ci un droit propre qui ne sera pas soumis aux mêmes exceptions que celles qui auraient pu être soulevées si ce droit fût demeuré entre les mains de la femme.

V. — La femme qui a conservé son droit de préférence au regard de l'acquéreur, est tenue de se conformer aux prescriptions de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855.

VI. — L'acquéreur, subrogé à l'hypothèque de la femme sur l'immeuble qu'il a acheté, n'est point tenu de publier cette subrogation sur le registre des inscriptions.

POSITIONS

PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. DROIT ROMAIN

I. — L'esclave ne peut stipuler *post mortem domini*.

II. — Le pupille qui contracte, sans l'autorisation de son tuteur, s'oblige naturellement.

III. — Un simple détenteur ne peut seul intervertir son titre, qu'en manifestant sa volonté par un acte matériel et d'une manière sensible.

IV. — Le caractère translatif du partage, combiné avec le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, entraîne pour le légataire le droit de poursuivre hypothécairement pour le tout l'un quelconque des cohéritiers.

II. DROIT CIVIL

I. — Des époux communs en biens peuvent former, soit entre eux, soit avec un tiers, une société en nom collectif.

II. — L'art. 883 C. civ., est applicable à l'acte liquidatif qui attribue le prix d'adjudication à l'un des cohéritiers, de sorte que les hypothèques consenties sur l'immeuble, par les autres cohéritiers, s'évanouissent.

III. — La constitution de dot est au regard de l'époux donataire un acte à titre gratuit.

IV. — Dans le partage d'ascendant, même fait par acte entre vifs, il faut, pour apprécier s'il y a lésion, évaluer les biens à la mort de l'ascendant donateur.

DROIT COMMERCIAL

I. — Dans les sociétés commerciales, les créanciers personnels d'un des associés peuvent invoquer, à l'encontre des créanciers sociaux, la nullité résultant du défaut de publicité.

II. — La masse des créanciers de l'assuré failli ne saurait être admise à réclamer le bénéfice de l'assurance sur la vie contractée directement par le failli au profit de sa femme.

DROIT INTERNATIONAL

I. — Un état peut et doit consentir l'extradition de ses nationaux.

II. — Un individu livré pour être poursuivi du chef d'un crime ou d'un délit déterminé, ne peut pas être puni pour un autre crime ou délit sans l'assentiment de la puissance qui l'a livré.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De la renonciation par la femme mariée aux sûretés et aux garanties légales ou conventionnelles qui assurent la conservation de ses biens paraphernaux et la restitution de sa dot.

	Pages.
INTRODUCTION	1
La femme dans la famille romaine.....	1
CHAPITRE I. — Renonciation au bénéfice du S. C. Velleïen.	5
Cette renonciation est permise dans certaines con ditions.....	13
Réforme de Justinien.....	14
CHAPITRE II. — Renonciation à un droit de gage ou d'hypothèque	17
CHAPITRE III. — Renonciation au <i>privilegium dotis</i> et à l'hypothèque qui assure la restitution de la dot.....	25
CHAPITRE IV. — Consentement de la femme à l'aliéna- tion du fonds dotal.....	40
CHAPITRE V. — Restitution de la dot entre les mains de la femme et de son père.....	65

DROIT FRANÇAIS

De la renonciation à l'hypothèque légale par la femme du vendeur. Loi du 13 février 1889.

INTRODUCTION.....	3
Intérêt de l'acquéreur, tantôt à éteindre, tantôt à conserver à son profit l'hypothèque légale de la femme.....	9
CHAPITRE I. = Consentement de la femme.....	14
Législation antérieure.....	16
Solution de la loi nouvelle.....	24
L'acte de vente passé en la forme administrative pourrait contenir une renonciation de la femme à son hypothèque.....	32
<i>Quid</i> lorsque la femme se porte par acte sous seing privé garante de la vente ?.....	38
Limitation des cas de renonciation tacite.....	44
CHAPITRE II. — Publicité de la renonciation.....	51
Législation antérieure.....	52
Solution de la loi nouvelle.....	63
CHAPITRE III. — Effets de la renonciation. En principe la femme conserve son droit de préférence...	73
L'acquéreur ne peut payer sans l'autorisation de la femme.....	75
Ce droit de préférence doit être inscrit par la femme dans l'année de la dissolution du mariage.....	84

Un acte sous signatures privées est suffisant, lorsque la femme autorise l'acquéreur à payer son prix et perd ainsi son droit de préférence.	92
L'acquéreur qui paye son prix, est subrogé au droit de préférence de la femme, lorsqu'il a intérêt à l'être.....	96
Cette subrogation ne vaut que pour le montant de la créance de la femme.....	99
L'acquéreur n'est point tenu de publier cette subro- gation sur le registre des inscriptions.....	112
CONCLUSIONS	118
POSITIONS.....	120

Vu : Le Président de la Thèse,

BUFNOIR.

Vu : Le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

IMPRIMERIE DE LA FACULTÉ DE MÉDECINE
HENRI JOUVE, 15, Rue Racine, PARIS.
